

RUDOLF VON IHERING

PREFÁCIO DE CLÓVIS BEVILÁQUA

RUDOLF
VON IHERING

edipro 

A LUTA PELO DIREITO



A LUTA
PELO DIREITO

O livro é a porta que se abre para a realização do homem.

Jair Lot Vieira

A LUTA PELO DIREITO

TRADUÇÃO E NOTAS

EDSON BINI

ESTUDOU FILOSOFIA NA FACULDADE DE FILOSOFIA,
LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS DA USP.
É TRADUTOR HÁ MAIS DE 40 ANOS.

PREFÁCIO

CLÓVIS BEVILÁQUA



Copyright da tradução e desta edição © 2019 by Edipro Edições Profissionais Ltda.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer forma ou por quaisquer meios, eletrônicos ou mecânicos, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenamento e recuperação de informações, sem permissão por escrito do editor.

Grafia conforme o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

1ª edição do e-book, 2019.

Editores: Jair Lot Vieira e Maíra Lot Vieira Micales **Coordenação editorial:** Fernanda Godoy Tarcinalli **Produção editorial da capa:** Carla Bitelli **Tradução e notas:** Edson Bini **Revisão:** Ângela Moraes e Daniel Rodrigues Aurélio **Diagramação:** Karina Tenório **Capa:** Studio DelRey Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ihering, Rudolf von A luta pelo direito [livro eletrônico] / Rudolf von Ihering; tradução e notas Edson Bini; apresentação Clóvis Beviláqua – São Paulo : Edipro, 2019.

1,1 Mb ; e-pub

Título original: Der Kampf um's Recht.

ISBN 978-85-521-0086-7 (e-pub) ISBN 978-85-7283-963-1 (impresso) 1.
Direito – Filosofia I. Bini, Edson. II. Beviláqua, Clóvis. III. Título.

19-28297

CDD-340.12

Índice para catálogo sistemático: 1. Direito : Filosofia : 340.12

2. Filosofia do Direito : 340.12

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427





São Paulo: (11) 3107-4788 • Bauru: (14) 3234-4121

www.edipro.com.br • edipro@edipro.com.br

 @editoraedipro  @editoraedipro

*Somente a vontade pode dar ao Direito o que constitui sua
essência: a realidade.*

*Por mais elevadas que sejam as qualidades intelectuais de um
povo, se faltam a força moral, a energia e a perseverança nesse
povo,
jamais poderá o Direito prosperar.*

(Rudolf von Ihering, Espírito do Direito Romano, t. I, § 24)

SUMÁRIO

Prefácio – *Clóvis Beviláqua*

Prólogo

A LUTA PELO DIREITO

CAPÍTULO I

CAPÍTULO II

CAPÍTULO III

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO V

CAPÍTULO VI

PREFÁCIO

Der Kampf um's Recht é um livro admirável, que fala à razão e ao sentimento, convencendo e comovendo; cujas ideias originais cintilam deslumbrando e as frases felizes dão ao pensamento a expressão que ele reclama; um livro feito de eloquência e saber, que não somente instrui e educa, mas ainda mostra o direito na sua realidade palpitante, ressumando-se da vida social, enrodilhando-se nela, impulsando-a, adaptando-a a certos fins, dirigindo-a, e, ao mesmo tempo, amoldando-se a ela e sendo, afinal, uma de suas expressões mais elevadas.

Não admira que um tal livro tenha tido número tão considerável de traduções. Os japoneses, como os franceses, os espanhóis, os italianos e os gregos, leram-no, ficaram encantados e o nacionalizaram. A nós também nos impressionou fortemente o opúsculo vibrante do grande mestre, e não tardamos em traduzi-lo. João Vieira, o adiantado espírito ao qual está intimamente ligado o movimento progressivo do Direito Penal, entre nós, deu-nos a primeira tradução portuguesa de *A luta pelo Direito*, e agora, o inteligente e operoso cultor das letras jurídicas, o Sr. Dr. José Tavares Bastos, empreende a segunda,* mostrando, bem claramente, o interesse que, entre os juristas pátrios, soube despertar a curiosa conferência que Ihering realizou em Viena no ano de 1872.

Trinta e sete anos já passaram depois que o pensamento do egrégio jurisconsulto revestiu a forma que admiramos em *A luta pelo Direito*, mas, apesar das agitações intelectuais dos últimos tempos, que não respeitaram os princípios mais solidamente estabelecidos

da filosofia e das ciências, como os conceitos da matéria e da conservação e transformação da força, aquelas frases lapidares encontram a mesma repercussão simpática nas inteligências, porque continuam a ser a tradução feliz de um dos aspectos da ideia do direito.

Comparai a obra dissolvente de Jean Cruet, *A vida do Direito e a inutilidade das leis*, em que a finura de espírito de um advogado, descrente do prestígio da lei torturada pela chicana e abalada pelas interpretações acomodáticas, não deixa ver as grandes linhas do quadro da vida jurídica, perdendo-se nos meandros sutis das particularidades, e o opúsculo imortal em que se destaca, luminosa e profunda, a ideia do direito, movendo-se pelo esforço, realizando-se pela luta e caminhando para firmar a paz, como alvo final na vida do indivíduo ou na vida dos povos, e reconhecereis *que A vida do Direito* é apenas um livro de somenos interesse, agradando mais pela feição literária do que pela sinceridade das observações, ao passo que *A luta pelo Direito* é um opúsculo imortal, porque revela uma verdade científica, e incita as almas para a conquista de um nobre ideal de paz e de justiça.

Fouillée diz que “a França não cessou de sustentar contra a Alemanha e a Inglaterra, a primazia do direito sobre a força, da fraternidade sobre o ódio, da associação sobre a concorrência vital”, e Lagorgette acha que o citado Fouillée, Guyau, Tarde, Espinas, Gide, Durkheim e Worms contribuíram para a exclusão do darwinismo social, combatendo a purificação pela carnificina.

Sem dúvida, há, em *A luta pelo Direito*, a aplicação de uma ideia que é mola essencial da concepção darwiniana, e Rudolf von Ihering assinala o papel da força na formação e desenvolvimento do direito, mas seria dar prova de invencível obstinação, depois da leitura das obras do grande jurista-filósofo, afirmar que ele advoga a organização social pela violência, e desconhecer que a luta que ele mostra efetuando a realização do direito, é um aspecto dessa

mesma energia que elabora o polimorfismo dos seres e a perfeição da humanidade, impelindo-a da barbárie para a cultura.

A nós não nos turbam felizmente a razão preconceitos de nacionalidade. Podemos, por isso, ver a majestade do pensamento científico em todo o seu esplendor, sem tentar fugir à sua benéfica influência, porque ele primeiro brilhou em um ponto do globo e não em outro.

E, assim, a bela tradução do empolgante opúsculo de Ihering, há de, certamente, encontrar, entre nós, o acolhimento de que são dignas as obras-primas da inteligência humana.

Rio, 26 de março de 1909.

Clóvis Beviláqua

PRÓLOGO

Na primavera de 1872 proferi, na Sociedade Jurídica de Viena, uma conferência, que no verão do mesmo ano foi publicada sob uma forma consideravelmente ampliada e destinada a uma gama mais vasta de leitores, com o título *A luta pelo Direito*. O fim que busquei na redação e publicação do escrito era, em sua natureza, não tanto um fim teórico quanto de moral prática e, portanto, que colimava promover não tanto o conhecimento científico do direito quanto aquele pendor interior do qual ele mesmo deve extrair sua força suprema, ou seja, aquela sólida e corajosa afirmação do sentimento do direito.

As edições sucessivas das quais esse curto texto tem sido objeto me demonstraram que não deve ele o seu êxito inicial ao gosto pela novidade, mas ao convencimento do público mais extenso da justeza da tese central nele sustentada. Também me confirma tal coisa o ocorrido nos países estrangeiros, a saber, uma produção extremamente grande de traduções do escrito.

Em 1874 apareceram as seguintes traduções: Uma húngara de J. G. Wenzel, em Budapeste; Uma russa de um desconhecido em um periódico jurídico de Moscou; Uma segunda tradução russa de J. Wolkoff, em Moscou; Uma em grego moderno de M. A. Lappas, em Atenas; Uma holandesa de G. A. Van Hamel, em Leyde; Uma romena na revista *Romanulu* publicada em Bucareste; Uma sérvia de Christic, em Belgrado.

Em 1875:

- Uma francesa de A. F. Meydieu, em Viena e Paris; Uma
10. italiana de Raffaele Mariano, em Milão e Nápoles; Uma
11. dinamarquesa de C. G Graebe, em Copenhague; Uma tcheca
12. de um desconhecido, em Brünn; Uma polonesa de A.
13. Matakiewicz, em Lemberg; Uma croata de H. Hinkovic,
primeiramente publicada no periódico *Pravo*, posteriormente
publicada em edição autônoma em Agram.

Em 1879:

14. Uma sueca de Ivar Afzelius, em Uppsala; Uma inglesa de
John J. Lalor, em Chicago, onde já se preparava uma
segunda edição; Em 1881:

16. Uma espanhola de Adolfo Poseda y Biasca, em Madri.

Em 1883:

17. Uma segunda tradução espanhola de Alfonso de Pando y
18. Gomez, em Madri; Uma segunda tradução inglesa de Philip
A. Asworth, em Londres.

Em 1885:

19. Uma portuguesa de João Vieira de Araújo, do Recife, no
Brasil.
20. Uma japonesa de Nischi, em Tóquio.
21. Uma segunda tradução francesa de O. de Meulenaere, em
Paris.

Nas edições subsequentes, suprimi o antigo início do texto porque este exprimia um conceito que no espaço limitado que lhe era reservado não permitia sua correta compreensão. Não sei se, diante da larga divulgação do trabalho entre os leigos do direito, deveriam ser omitidos os trechos dirigidos mais aos juristas do que aos leigos e, particularmente, o capítulo conclusivo sobre direito romano e a teoria moderna deste. Se me houvesse sido possível prever a popularidade deste texto, teria conferido a ele desde o início uma forma diversa; porém, tendo o escrito se originado de

uma conferência dirigida a juristas, foi concebido da primeira à última linha segundo esse projeto inicial, e não pensei que devesse, todavia, alterar seja o que fosse visto que essa circunstância não prejudicou a difusão junto ao público leigo.

No que tange ao tema principal, nada mudei nas edições subsequentes. Considero ainda agora a ideia fundamental do texto tão seguramente justa e irrevogável que julgo ociosa qualquer palavra contra aqueles que a contestam. Quem não percebe que quando seu direito é torpemente desprezado e calcado sob os pés está em jogo não somente o objeto do mesmo, como também a sua própria pessoa; quem, nessas circunstâncias, não se sente impulsionado a afirmar a si mesmo e ao seu bom direito, é um caso perdido e não alimento, portanto, qualquer interesse em corrigir esse tipo de indivíduo. Trata-se de um tipo humano cuja existência deve ser considerada faticamente, e por mim batizável como o *filisteu do direito*; os traços que o caracterizam são o egoísmo prosaico e o materialismo. Somente um Sancho Pança do direito enxergará um Dom Quixote em toda pessoa que, ao proteger o seu direito, não visa apenas aos interesses relacionados ao bolso. Para ele não encontro outra expressão que seja aplicável senão aquela de Kant, que a mim só se tornou familiar depois da publicação do meu trabalho: “Aquele que faz de si um verme, não pode lamentar-se se é pisoteado.”¹. Em outra parte, Kant² chama a isso “o aviltamento do direito do indivíduo calcado sob os pés de outros, a violação de um dever do ser humano em relação a si mesmo”, e do “dever de dignificar a humanidade existente em nós mesmos” extrai a máxima: “Não permiti que vosso direito seja pisoteado impunemente pelos outros.”. É o mesmo pensamento que desenvolvi no meu trabalho. Isso está escrito no coração de todos os homens e dos povos fortes, e é expresso de mil modos diversos. O único mérito por mim reivindicável reside no fato de haver fundamentado sistematicamente esse pensamento e tê-lo expresso com precisão.

A. Schmiedl contribuiu de maneira interessante para o meu ensaio com o seu trabalho intitulado *Die Lehre vom Kampf um's Recht im Verhältniss zu dem Judenthum und dem ältesten Christenthum*³ (Viena, 1875). A afirmação introduzida pelo mestre de direito hebraico na página 15, a saber: “Aos teus olhos deve ser indiferente se o objeto do direito é um *Pfennig*⁴ ou cem florins” se harmoniza plenamente com o que desenvolvi no meu texto. Karl Emil Franzos produziu uma formulação poética do tema no seu romance *Ein Kampf um's Recht*,⁵ ao qual me refiro no meu próprio trabalho. São tais e tantas as polêmicas suscitadas pelo meu trabalho na literatura de meu país e na estrangeira, que renuncio a discriminá-las.

Uma vez que confio exclusivamente ao próprio trabalho a função de convencer o leitor do acerto da interpretação por mim nele aventada, limito-me aqui a fazer duas solicitações àqueles que se sentem predispostos a me contestar. Em primeiro lugar, que não ajam, ao refutar minhas ideias, de modo a produzir uma distorção e desfiguração delas, fazendo de mim um arauto da discórdia e do espírito litigioso, o propugnador da emulação e das demandas, já que não proponho absolutamente a luta pelo direito em todos os casos, mas somente naqueles nos quais a agressão ao direito implica, igualmente, o desrespeito da pessoa humana. A transigência e o espírito de conciliação, tanto quanto a benevolência e a índole pacífica, os acordos amigáveis e a renúncia a fazer valer o direito encontram na minha teoria o lugar que lhes cabe; posiciono-me apenas contra certo tipo de tolerância dúbia diante da agressão ao direito que compactua com a injustiça e é oriunda da vileza, do comodismo e da indolência.

A segunda coisa que desejo é que aquele que quiser combater minha teoria com seriedade tente contrapor à fórmula positiva de comportamento prático desenvolvida por ela por *outra* fórmula positiva, com o que logo tomará conhecimento ao que isso o terá conduzido. Qual deverá ser a atitude daquele que vê o seu direito

pisoteado? Quem puder me dar a esta pergunta uma resposta diversa da minha que seja sustentável, isto é, compatível com a manutenção do ordenamento jurídico e com a ideia da personalidade, ter-me-á derrotado; quem disto não for capaz, terá apenas como alternativas ou admitir a minha resposta, ou se contentar com a postura dúbia que constitui a característica de todos os espíritos confusos, cuja única capacidade é criticar e negar, incapazes de produzir um parecer próprio e específico. Quanto ao que toca aos problemas puramente científicos, podemos simplesmente nos satisfazer com a contestação do erro, mesmo que não estejamos em condições de substituí-lo pela verdade positiva; entretanto, no caso dos problemas práticos, nos quais a ação se impõe com cabal evidência e a única pergunta que nos cabe fazer é a que se refere ao como devemos agir, não é suficiente contestar como incorreta a exposição positiva dada por outrem, sendo mister substituí-la por outra. Estou no aguardo de que isso venha a ocorrer no que concerne a minha exposição; até agora, ninguém a esse propósito se manifestou.

Peço que me permitam somente, a título de conclusão, algumas palavras acerca de um ponto que nada tem a ver com a minha teoria como tal, mas que tem sido criticado por aqueles com os quais estou de acordo quanto aos pontos restantes. Trata-se da minha afirmação tocante à injustiça cometida contra Shylock.

Não asseverei que o juiz deveria ter reconhecido como válido o título de Shylock, mas que, uma vez o tenha feito, não podia posteriormente frustrá-lo com uma execução da sentença orientada por reles velhacaria. O juiz dispunha da alternativa de manter a validade ou invalidade do título. Feita a primeira coisa, Shakespeare⁶ expõe o fato de tal forma como se, segundo o direito, essa decisão tivesse sido a única possível. Ninguém em Veneza punha em dúvida a validade do título; os amigos de Antonio, o próprio Antonio, o *doge*, o tribunal, todos estavam assentes de que o judeu estava no seu direito.⁷ E, mediante essa firme confiança no

seu direito universalmente reconhecido, Shylock invoca a ajuda do tribunal, e o “sábio Daniel”, após haver tentado em vão demover o credor desejoso de vingança da execução de seu direito, finda por reconhecer o mesmo. E então, uma vez proferida a sentença do juiz, uma vez eliminada pelo próprio juiz qualquer dúvida sobre o direito do judeu, não se ousa mais contradizer tal direito, quando toda a assembleia, o *doge* inclusive, se curvam à soberana e inevitável sentença da justiça – agora que o vencedor, inteiramente seguro do seu direito, se predispõe a fazer aquilo que a sentença judicial o autorizou a fazer, o próprio juiz, que havia reconhecido solenemente o seu direito, torna-o sem efeito mediante uma escusa, mediante uma manobra astuciosa a uma vez torpe e vergonhosa que sequer merece uma séria crítica. Existirá carne sem sangue? O juiz, que reconhece a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antonio, reconhece-o com a inclusão do sangue, sem o qual não pode existir a carne, e quem detém o direito de cortar uma libra pode, se quiser, tomar ainda menos. Uma e outra coisa são negadas ao judeu: ele deve tomar somente carne sem sangue e deve cortar exatamente uma libra, nem mais nem menos. Terei eu exagerado afirmando que, neste caso, o judeu foi enganado quanto ao seu direito? Sem dúvida, isso se verifica no interesse da humanidade, mas uma injustiça cometida no interesse da humanidade deixa de ser uma injustiça? E, se uma vez o fim deve justificar o meio, por que não já por ocasião da sentença do juiz – por que somente após a sentença do juiz?

Após a publicação da sexta edição (1880) do meu trabalho, dois juristas expuseram suas críticas em alguns breves ensaios, em confronto com a tese sustentada neste prefácio e no próprio trabalho, críticas que já vinham sendo reiteradamente manifestadas desde a publicação da primeira edição. Um desses ensaios é de autoria do presidente de tribunal A. Pietscher e se intitula *Jurist und Dichter – Versuch einer Studie über Ihering's Kampf um's Recht und Shakespeare's Kaufmann von Venedig*⁸ (Dessau, 1881). Transcrevo

a essência da tese do autor *in verbis*: “A astúcia é vencida por uma astúcia ainda maior; o astucioso cai no seu próprio laço.”. Mediante a primeira parte desta frase, ele somente ratifica a minha própria opinião. Limitei-me a afirmar o fato de Shylock ter sido ludibriado astuciosamente contra seu direito; porém, pode e deve o direito recorrer a um tal meio? O autor permanece devedor de uma resposta a essa pergunta e eu duvido que, como juiz, adotasse um tal meio. No que tange ao conteúdo da segunda parte da frase, indago eu: uma vez reconhecida pela lei de Veneza a validade do título, seria o caso de ter o judeu na conta de astuto por tê-la invocado?... e se fosse para ver nisso uma armadilha, recairá a responsabilidade desta sobre ele ou sobre a lei? Um tal raciocínio não contesta minha exposição, mas a reforça. O segundo ensaio, de J. Kohler, professor em Würzburg, intitulado *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*⁹ (Würzburg, 1883), enceta outro caminho. Segundo o autor, a cena do tribunal em *O mercador de Veneza* contém “em si a quintessência do ser e do devir do direito, além de conter uma jurisprudência mais profunda do que dez *Livros das Pandetas* e proporcionar uma visão mais perspicaz do que a totalidade das obras em torno da história do direito de Savigny a Ihering”. Esperamos que uma parte desse vultoso mérito de Shakespeare no domínio jurídico reverta a favor de Colombo, quem, pela primeira vez, descobriu esse novo mundo do direito, cuja existência até então escapara ao conhecimento de todos os círculos jurídicos. A acatar as normas do descobrimento dos tesouros, a metade deveria caber ao descobridor; ora, como este atribui ao próprio tesouro um valor incomensurável, poderá com isso já se achar satisfeito. Devo deixar ao leitor a tarefa de apreender da própria obra “a enorme quantidade de ideias jurídicas que Shakespeare verteu por todo o drama”. Furto-me a recomendar à juventude ocupada com o estudo do direito que frequente a escola de Portia, junto a qual é preciso aprender o novo evangelho do direito. De resto, não deixo de render homenagens a Portia! A sua sentença “é a vitória da consciência

jurídica que ilumina a noite tenebrosa que até então encobria o mundo jurídico; é uma vitória velada por trás de motivos ilusórios, que assume a máscara de uma falsa motivação porque isso se torna mister; mas é uma vitória, uma magna e vigorosa vitória que não permanece limitada ao processo singular, mas uma vitória na história do direito em geral; é o sol do progresso que projetou ainda uma vez os seus cálidos raios sobre os ambientes dos tribunais; é o reino de Zoroastro triunfando sobre as forças das trevas”. A Portia e Zoroastro, cujos nomes se vinculam ao início da nova jurisprudência inaugurada por nosso autor, devemos juntar o *doge* que, mantido até agora prisioneiro das malhas da “antiga jurisprudência” e escravo das “forças das trevas”, é libertado pela palavra resoluta de Portia e alcança a consciência da missão cósmico-histórica que lhe diz respeito. E ele corrige fundamentalmente a inicial omissão de que foi autor. Antes de tudo, declarando Shylock culpado de tentativa de homicídio. “Ainda que nisso esteja presente certa injustiça, esta está completamente fundamentada do ponto de vista cósmico-histórico; é uma necessidade cósmico-histórica e, tomando em consideração esse elemento, Shakespeare superou a si mesmo como historiador do direito... O fato de Shylock ser não só rejeitado como também punido, é requisito para a coroação da vitória, com a qual a nova ideia do direito realiza o seu ingresso resplandecente.” Em segundo lugar, condena o judeu a se converter ao cristianismo. Também “essa imposição encerra uma verdade histórica universal. A imposição é reprovável do prisma do nosso sentimento e contradiz a liberdade religiosa, porém, corresponde ao movimento da história universal, que reduziu milhares de pessoas a uma determinada profissão de fé não por meio da branda palavra de conversão do pregador, mas por meio do olhar ameaçador do verdugo”. Eis os “cálidos raios que o sol do progresso projeta sobre os ambientes dos tribunais” – os judeus e os hereges aprenderam a conhecer a sua *cálida* força na fogueiras de Torquemada! É assim que o reino de Zoroastro triunfa das forças das trevas. Uma Portia

que, tal como um sábio Daniel, lança pelos ares o edifício do direito anterior, um *doge* que trilha suas pegadas, um jurista sensível à “jurisprudência mais profunda e à quintessência do ser do devir do direito”, que, com a fórmula “cósmico-histórica”, justifica sua sentença – e tudo está resolvido! É este o “foro da jurisprudência” frente ao qual o autor me citou. Espero que ele não se ofenda por eu não acompanhá-lo nesse caminho. Muitíssimo da velha jurisprudência dos *Livros das Pandetas* ainda se aloja em mim para que possa participar da nova era da jurisprudência por ele instaurada e eu não me permitirei desviar da senda até aqui trilhada, a despeito do impacto em mim produzido pela ideia de que, caso fosse dotado da visão aguda do autor mencionado, seria capaz de inferir d’O *mercador de Veneza* conhecimentos mais profundos sobre a transformação do direito do que aqueles oriundos de todas as fontes do direito positivo do nosso século, de Savigny aos nossos dias.

Uma crítica à tradução inglesa do meu trabalho publicada em Chicago, no *Albany Law Journal*, de 27 de dezembro de 1879, informou-me sobre o fato de a mesma tese por mim aventada – no que toca ao julgamento de Portia – no meu trabalho ter sido expressa antes de mim em um artigo publicado em um dos primeiros anos da publicação citada por um colaborador da mesma, o qual não sabe explicar uma tal coincidência senão em virtude de um plágio da minha parte (*roubada* é a expressão pouco gentil que ele emprega). Não é meu desejo ocultar uma descoberta tão interessante do público alemão: é a coisa mais incrível, a qual, por certo, jamais foi perpetrada antes em matéria de plágio, pois, quando o perpetrei, não tinha diante dos olhos a revista e nem sequer tinha conhecimento de sua existência. Talvez daqui há algum tempo venha eu a saber que o meu trabalho não é minha obra, mas traduzido para o alemão por mim a partir da tradução inglesa aparecida na América. De resto, em um número posterior (o nº 9, de 28 de fevereiro de 1880), a redação do *Albany Journal*,

respondendo à minha manifestação, explicou que todo o incidente fora uma brincadeira... são bem estranhas as brincadeiras que servem de diversão daquele lado do oceano.

Não posso concluir este prólogo, o qual não sofreu qualquer alteração ao longo das sucessivas edições deste trabalho,¹⁰ sem juntar algumas palavras em memória da senhora¹¹ a qual este opúsculo foi dedicado por ocasião de seu lançamento. Colheu-a a morte quando saía do prelo a nona edição (1889), com o que perdi uma amiga a qual me orgulhava de assim a chamar. Foi uma das mulheres mais excepcionais que encontrei em minha vida, excepcional não só por seus dotes intelectuais e por sua cultura incomum e erudição, mas também por suas qualidades do coração e do caráter. Tenho como um dos lances mais felizes de meu destino o fato de ter sido transferido para Viena, o qual me permitiu, desde o início, estreitar minhas relações de amizade com ela.

Que possa este pequeno volume, que ostenta seu nome na dedicatória, difundir-se juntamente com o meu em círculos mais amplos pelo tempo que lhe é ainda reservado. Ela mesma já contribuiu para a sobrevivência de seu nome em meio aos círculos mais restritos dos historiadores da literatura por meio de seu estudo valioso sobre Grillparzer, com quem entretinha relações pessoais de amizade.¹²

Göttingen, 1º de julho de 1891.

Rudolf von Ihering

A LUTA
PELO DIREITO

CAPÍTULO

I

O fim do direito é a paz, e o meio para atingi-lo é a luta. Enquanto o direito precisar estar pronto ante a agressão da injustiça, o que ocorrerá enquanto existir o mundo, não poderá ele se poupar da luta. A vida do direito é luta, uma luta dos povos, do poder do Estado, das classes, dos indivíduos.¹³

Todo direito existente no mundo foi conquistado mediante luta. Os mais importantes postulados do direito tiveram que ser primeiramente extraídos do combate contra seus oponentes e todo direito – o direito de um povo, bem como aquele de um indivíduo – pressupõe uma disposição contínua para a luta rumo à sua afirmação. O direito não constitui um simples conceito – é uma força viva. Eis a razão por que vemos a Justiça segurando em uma das mãos a balança, por meio da qual o direito é pesado, e na outra a espada, por meio da qual o direito é defendido. A espada sem a balança é força bruta, ao passo que a balança sem a espada é a impotência do direito. Completam-se mutuamente e somente é possível que exista o autêntico estado de direito se a Justiça souber brandir a espada tão destramente quanto sabe manusear a balança.

O direito exige um labor contínuo que envolve não apenas o poder do Estado como toda a população. Bastará que lancemos um simples olhar à vida do direito para contemplarmos o espetáculo de um trabalho e combate sem tréguas de uma nação inteira, trabalho este idêntico àquele que observamos no âmbito da produção econômica e naquele da criação do espírito. Todo indivíduo que se ache na contingência de ter que sustentar seu direito é um partícipe

nesse trabalho nacional e colaborador na efetivação da ideia do direito.

Não deixa de ser verdadeiro que não são todos que se veem diante do mesmo repto. A existência de muitos milhares de indivíduos transcorre regularmente pelos caminhos prosaicos do direito, sem que se façam presentes a agressão ou a ofensa. Seríamos incompreendidos se disséssemos a esses indivíduos que o direito é luta, uma vez que se limitam a nele ver um estado de paz e de ordem. E estão completamente certos do ponto de vista da experiência que lhes é própria, tal como está certo o abastado herdeiro que, tendo auferido os frutos do trabalho dos outros sem ele mesmo ter empreendido o menor esforço, contesta a proposição segundo a qual a propriedade é oriunda do trabalho. A ilusão dos dois nasce do fato de a propriedade, bem como o direito, apresentarem dois aspectos desdobráveis no plano subjetivo, de tal sorte que a alguns são atribuídos o fruir e a paz ao passo que a outros cabem o labor e a luta.

A propriedade e o direito têm cabeça de Jano dotada de dois rostos. Para uns, dirigem um dos rostos, para outros, o outro rosto, resultando na imagem inteiramente diferente das duas entidades concebidas pelos homens. Ora, no que tange ao direito, a diferença dessas imagens afeta tanto indivíduos quanto períodos históricos. A vida de um indivíduo é a guerra, ao passo que a de outro é a paz. E quanto à diversidade da atribuição subjetiva dos dois aspectos ou faces do direito, produz ela nos povos idêntica ilusão à produzida nos indivíduos. É suficiente haver um largo período de paz para que surja a crença na paz perpétua... isto até que o primeiro canhão afugente o belo sonho. E o resultado é que o posto ocupado pela geração que fruiu a paz sem que tenha para isso despendido qualquer esforço é tomado por outra que terá que reconquistá-la por meio dos duros labores da guerra. É dessa forma que, seja na propriedade, seja na paz, labor e fruição são divididos, porém com a ressalva de que à fruição e à paz que um indivíduo experimenta

correspondem o labor e a luta de outro. Paz sem luta e fruição sem labor são coisas edênicas; historicamente, tais benefícios são o produto exclusivo de esforço perseverante e fatigante.

Na sequência, desenvolverei melhor o conceito de que no direito a luta equivale ao trabalho e que, no tocante à necessidade prática e à valoração ética, é forçoso que seja ela posicionada em plano idêntico àquele ocupado pelo trabalho relativamente à propriedade. Creio que tal esforço não será inútil; pelo contrário, estarei com isso corrigindo uma falta cometida por omissão da parte de nossa teoria e, no que concerne a essa culpa, não me refiro apenas à filosofia do direito, como também à jurisprudência positiva. O primeiro olhar praticado mostra que nossa teoria se vê mais às voltas com a balança do direito do que com a espada. E é nosso parecer que o caráter unilateral da ideia puramente científica do direito da qual essa teoria está entranhada – ideia que, em síntese, contempla o direito menos no seu aspecto realista (como forma de poder) do que no seu aspecto lógico – afetou o direito de forma escassamente consoante com a dura realidade manifestada pelo fatos. Nas páginas seguintes, alinharei uma quantidade de provas nada inexpressiva dessa minha acusação.

Estamos cientes de que a palavra *direito* é empregada em duas acepções diferentes, a saber, a *objetiva* e a *subjetiva*. O *direito objetivo* encerra os princípios jurídicos aplicados pelo Estado, isto é, o que forma o ordenamento legal aplicável à vida. O *direito subjetivo* é representado pela ação concreta da norma abstrata decorrente de uma faculdade específica de um pessoa em particular. Em ambas essas acepções, o direito se defronta com barreiras e, quer em uma acepção, quer em outra, cabe-lhe superá-las, vale dizer, deve granjear ou defender sua existência mediante luta. A título de meta principal de meu trabalho, minha eleição recaiu na luta no domínio subjetivo, o que, todavia, não me autoriza a me furtar em demonstrar que a validade da proposição que apresento (de que a

luta faz parte da essência do direito) predomina igualmente no domínio do direito objetivo.

Não há como refutar esse fato quanto à realização do direito por parte do Estado, o que, neste ponto, nos exime de um grande empenho argumentativo. A preservação da ordem jurídica via Estado se limita a ser uma contínua luta contra a ilegalidade representada pelas violações à lei. Contudo, não é isso que sucede no que tange à formação do direito, seja aquela primordial acontecida no princípio da história, seja a formação constituída pela renovação diuturna efetivada ante nossos olhos e que procede pela supressão de instituições, pela revogação e criação de normas, configurando, em síntese, o desenvolvimento do direito. Há um parecer, que se choca com o meu entendimento, segundo o qual a formação do direito está subordinada à mesma lei que rege a existência do direito. Esse parecer, denominado, devido aos nomes de seus representantes mais ilustres, como *teoria de Savigny e Puchta*, tem sido objeto de uma ampla aceitação, ao menos no âmbito do saber romanista atual. A crer nessa teoria, o direito é formado, tal como o idioma, segundo um processo imperceptível e destituído de vicissitudes; toda luta ou esforço são dispensados e não há sequer uma busca do direito, uma vez que é a força silente da verdade que, não laboriosamente, franqueia sua senda sem pressa, mas com segurança; é a força da convicção que, passo a passo, ganha as consciências, que a manifestam por meio da ação. É seguindo esse processo que um novo preceito do direito passa a vigorar, tal como uma regra da língua espontaneamente entra em vigor. De acordo com tal teoria, a formação da norma, no que toca ao antigo direito romano, que permitia que o credor vendesse o devedor insolvente como escravo, ou daquela outra norma que facultava ao proprietário o direito de reivindicação de seus bens estando estes nas mãos de quem quer que fosse, deve ter ocorrido de uma forma muito similar à formação da regra segundo a qual a preposição *cum* rege o ablativo.

Foi alimentado por essa ideia sobre a gênese do direito que deixei a Universidade e permaneci submetido às suas influências durante muitos anos. Será que há alguma verdade nela? É preciso admitir que, da mesma forma que a língua, o direito passa por uma evolução involuntária e inconsciente ou, exprimindo-nos com a expressão tradicional, tem uma evolução orgânica, que ocorre de dentro para fora. Essa evolução produz normas jurídicas que são gradativamente sedimentadas por um meio uniforme pelo qual são concretizados os atos jurídicos, e também as abstrações, regras e conclusões deduzidas pela ciência analiticamente do direito preexistente de molde a serem conduzidas ao âmbito de nossa consciência.

É preciso, entretanto, também admitir que o poder desses dois elementos, ou seja, os atos jurídicos e a ciência, é limitado. Podem eles regular e fomentar a movimentação desenvolvida pelos caminhos já prontos, mas são impotentes para eliminar as barragens que, contendo a torrente do direito, a impedem de abrir novas sendas. Somente a lei pode realizar essa aspiração por meio de um ato do poder estatal conscientemente dirigido a esse propósito. Não foi acidentalmente que as reformas mais profundas realizadas nas formas substanciais do processo e no direito material foram geradas por leis. O fato é que esse aspecto circunstancial decorre de uma necessidade que se acha incisivamente impregnada na essência do direito. Admite-se que certas mudanças do direito produzidas pela lei se circunscrevem à esfera do direito mesmo, o que equivale a dizer que se posicionam no plano do abstrato, seus efeitos não atingindo o domínio das relações concretas já existentes e que têm como fundamento o direito precedente – uma simples mudança do mecanismo do direito, na qual um parafuso ou um cilindro defeituoso são substituídos por outros de melhor qualidade. Mas, com bastante frequência, as coisas se apresentam de tal forma que a mudança somente pode se realizar à custa de uma violação sumamente delicada dos direitos existentes e dos

interesses privados. No decorrer do tempo, os interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras se vinculam ao direito existente de tal maneira que não é possível substituí-lo sem que os interesses sejam sensivelmente violados. Questionar a norma jurídica ou o ordenamento jurídico significa declarar guerra a todos esses interesses, significa arrancar do leito do oceano um polvo a ele preso por mil tentáculos. Todas as tentativas desse jaez provocam, conseqüentemente, como demonstração natural do instinto de autopreservação, a oposição mais violenta dos interesses ameaçados e, assim, uma luta na qual, como em toda luta, o resultado não depende da validade dos motivos que impulsionam os combatentes, mas da relação existente entre as forças antagônicas. Amiúde, esse resultado se identifica com aquele do paralelogramo das forças: um desvio da linha original próximo à diagonal. Só assim se torna compreensível como ordenamentos condenados pelo julgamento público há muito, muitas vezes conseguem prolongar ainda por longo tempo a própria vida. Não é a *vis inertiae* que o mantém vivo, mas a força oponente dos interesses que afirmam a defesa de sua situação.

Em todos esses casos, nos quais o direito existente é respaldado pelo interesse, há uma luta em que o novo direito deve travar para garantir o seu ingresso, uma luta que, com frequência, se arrasta por séculos. Tal luta atinge então o seu mais alto grau quando os interesses assumiram a forma de direitos adquiridos. Aqui se defrontam dois partidos, cada um dos quais ostentando em seu estandarte a majestade do direito – um deles aquela do direito histórico, o direito do pretérito, o outro aquela do direito que se transforma continuamente e se rejuvenesce, do direito originário da humanidade sempre pronto para uma nova renovação. Trata-se de conflito da ideia do direito consigo mesma, conflito que adquire feições trágicas para aqueles que, após haverem empenhado toda sua força e todo seu ser em busca de uma convicção, se acham encerrados no ordálio da história. Todas as grandes conquistas que

a história do direito deve registrar, ou sejam, a abolição da escravidão, da servidão da gleba, a livre aquisição da propriedade fundiária, a livre escolha da profissão e da fé e outras ainda, todas elas tiveram que ser feitas pelos caminhos da luta mais violenta, com frequência, luta que durou séculos e não raro com derramamento de sangue, e em toda a parte foram os direitos desrespeitados que indicaram esse caminho que o direito percorreu. O direito pode se rejuvenescer apenas suprimindo o próprio passado; “o direito é Saturno que devora seus próprios filhos.”¹⁴ Um direito concreto, o qual uma vez constituído pretende sobreviver ilimitadamente, ou seja, aspira à eternidade, é como o filho que levanta o braço contra a própria mãe. Faz sarcasmos contra a ideia do direito ao mesmo tempo que a invoca, pois a ideia do direito é renovação eterna, ainda que o renovado não possa deixar de ceder passagem à nova renovação, visto que...

*...O que há deve ceder ao novo já que tudo que nasce necessariamente perecerá...*¹⁵

O direito, portanto, apresenta, no seu movimento histórico, um quadro de anseios, combates, luta – em síntese, o quadro de esforços árduos. Ao espírito humano que cumpre nas línguas inconscientemente o seu labor criativo, nenhuma oposição violenta se faz, cabendo à arte superar seu único adversário, que é seu passado, a saber, o gosto dominante. O direito, contudo, como conceito teleológico, arrojado ao meio da engrenagem caótica dos objetivos, aspirações, interesses humanos, é estrangido constantemente a tatear na busca de seu caminho e, uma vez o haja encontrado, tem que derrubar todos os obstáculos presentes em seu caminho. Não resta dúvida de que esse desenvolvimento, tal como ocorre na arte e na língua, é uniforme e determinado por leis; entretanto, distancia-se marcadamente dessas últimas em função do modo e da forma em que se processa, forçando-nos a

refutar terminantemente nesse sentido o paralelismo introduzido por Savigny, com o direito de um lado e a língua e a arte do outro, paralelismo que em pouco tempo granjeou aceitação geral. Falso, embora inócuo como visão teórica, tal paralelismo encerra, a título de máxima política, uma das falsas doutrinas mais funestas de que se possa cogitar, pois faz com que o ser humano espere, em um campo em que ele deve agir (e o deve fazer com plena e clara consciência do objetivo e o concurso de todas as suas forças), que as coisas ocorram por si, que a ele vale mais se manter de braços cruzados e aguardar confiante o que se manifesta à luz do dia paulatinamente de uma pretensa fonte originária do direito: a consciência jurídica nacional. Daí decorreu a aversão de Savigny e de toda a sua escola contra a intervenção do legislador,¹⁶ e também a interpretação inteiramente equívoca do posto que o costume ocupa na teoria do direito consuetudinário de Puchta. O costume, para Puchta, não passa de um simples meio para identificar a consciência jurídica.¹⁷ O fato de essa consciência se formar primeiramente na *ação*, o fato de demonstrar ela, antes de qualquer coisa, mediante esse *agir*, a sua força e, conseqüentemente, sua vocação para dominar a vida – em suma, não houve percepção da parte desse espírito eminente do fato que, inclusive no direito consuetudinário, a proposição de que o direito constitui uma concepção de poder também é válida. Com isso, pagava ele o tributo ao seu tempo, que era o período romântico de nossa poesia; e quem não se apavora diante da transposição do conceito de romântico para a ciência do direito e se dispõe ao empenho de comparar o sentido no qual esse conceito evoluiu em cada um desses campos não poderá discordar da minha assertiva de que a escola histórica pode muito bem ser chamada de escola *romântica*.

Trata-se de uma representação verdadeiramente romântica, ou seja, consiste em uma falsa idealização das condições passadas – o fato de o direito se formar sem dor, sem fadiga, sem ação, como as plantas agrestes. A crua realidade ensina o contrário e não somente

no modesto fragmento de realidade ante nossos olhos e que se apresenta em toda parte como nas tensões mais violentas dos povos relativamente à formação de suas relações jurídicas. A impressão permanece idêntica, pois, em qualquer lugar, fazemos nossos olhares perambularem pelo pretérito. Assim, no caso da teoria de Savigny, somente a pré-história permanece, sobre a qual há total carência de informações. Mas se admitirmos que se façam conjeturas, oporei à teoria de Savigny (a qual indica tempos remotos como o teatro de toda formação ingênua e pacífica do direito a partir do íntimo da consciência popular) a minha própria teoria diametralmente oposta e a mim se deverá conceder que há, da parte desta, ao menos, a analogia do progresso histórico visível do direito e, acredito, também o mérito de uma maior verossimilhança psicológica. O tempo das origens! Houve uma ocasião em que era voga lhe atribuir todas as características positivas, a saber, verdade, sinceridade, honestidade, ingenuidade e fidelidade e sobre tais fundamentos poderia, inclusive, ter prosperado seguramente também um direito sem outro impulso senão a força da convicção jurídica; não teria havido necessidade do punho e da espada. Hoje em dia, não há mais quem ignore que esse timorato tempo das origens estava eivado de características inteiramente contrárias, ou sejam, a rudeza, a crueldade, a desumanidade, a astúcia e a perfídia. E a suposição de que os tempos originários gozaram de maior facilidade para o atingimento de seu direito dificilmente poderia contar com credibilidade. De minha parte, estou convicto de que o trabalho que lhe foi exigido para alcançar esse objetivo foi muito mais árduo e, mesmo as normas jurídicas mais singelas, como por exemplo aquelas do antigo direito romano supracitadas relativas ao direito do proprietário de reivindicar os seus bens de qualquer pessoa que os detinha e do credor de vender como escravo o devedor insolvente, tiveram, em primeiro lugar, que ser conquistadas mediante uma luta encarniçada antes de obterem um reconhecimento unânime e incontestado. Seja como for, façamos

abstração do tempo das origens; o dado suprido pela história genuína relativo à formação do direito é o bastante. E esse dado é tal que a formação do direito sempre foi acompanhada, como a do próprio homem, de intensas dores do parto.

E deveremos, talvez, deplorar que assim seja? O próprio fato do direito não nascer para os povos sem esforço, o fato de que estes têm tido que combater e pelejar, lutar e verter seu sangue para conquistá-lo, essa própria circunstância faz com que entre eles e seu direito se constitua o mesmo vínculo estreito que, no momento do nascimento, liga a mãe ao filho. Um direito conquistado sem esforço é do mesmo gênero daquele dos bebês *trazidos pela cegonha*. O que foi trazido por esta ave pode ser arrebatado pela raposa ou pelo abutre. Mas não pode ser arrebatado da mãe o bebê que foi por ela partejado, como tampouco de um povo podem ser arrebatados os direitos e os ordenamentos que ele conquistou com labor sangrento. Por conseguinte, pode-se afirmar que a força do amor, pela qual um povo está ligado ao seu direito e o defende, é determinada em função da quantidade de fadiga e esforço que custou. Não é simplesmente o costume, mas o sacrifício que gera o vínculo mais forte entre o povo e seu direito. E Deus não presenteia o povo que quer bem com aquilo que este necessita e nem lhe facilita a tarefa de conquistá-lo, mas o dificulta. Nesse sentido, não hesito em dizer que a luta exigida pelo direito para vir à luz não é uma maldição, mas uma bênção.

CAPÍTULO

II

Passo agora à luta pelo direito subjetivo ou concreto, suscitada pela violação ou denegação do próprio direito. Assim é porque nenhum direito, seja aquele dos indivíduos, seja aquele dos povos, está diretamente protegido desse perigo, uma vez que, contra o interesse do titular do direito, coloca-se sempre o interesse do desrespeitador do direito. Constata-se que essa luta se repete em todas as esferas do direito, quer nos níveis inferiores do direito privado, quer naqueles superiores do direito público e do direito internacional. A afirmação no campo do direito internacional do direito violado por meios bélicos – a resistência de um povo por meio da sublevação, da revolta, da revolução contra os atos arbitrários de um déspota, as violações da Constituição por parte do poder do Estado; a realização turbulenta do direito privado pelo linchamento, por meio do direito do mais forte e do direito de repto medievais e os seus derradeiros vestígios atuais sob forma do duelo, a defesa própria fundamentada na legítima defesa e, enfim, o modo regular de fazer valer a afirmação do direito – todas elas não passam (não obstante a diversidade do objeto do litígio e não obstante a diversidade do empenho demonstrado, das configurações e dimensões da luta) de formas e cenas de uma mesma luta pelo direito. Se, a título de exemplo, cito, entre todas essas formas a mais simples, ou seja, a lide legal pelo direito privado por meio do processo, isso ocorre não porque, para mim, por ser um jurista, isso seja natural, mas porque, na luta legal, o verdadeiro estado das coisas fica mormente exposto a um perigo de errônea interpretação, tanto da parte dos juristas quanto da parte

dos leigos. Em todos os outros casos, a mesma coisa surge clara e definida. Mesmo o mais obtuso é capaz de compreender que, nesses casos, se tratam de bens que recompensam o máximo empenho e que ninguém indagará: por que lutar?... por que, ao contrário, não deixar perder? Mas, em toda luta do direito privado, as coisas se apresentam de maneira completamente diversa. A relativa futilidade dos interesses dos quais se ocupa; em regra, a questão a respeito do meu e do seu envolvida nesses litígios, o cunho prosaico de que constantemente se revestem, deslocam essas lides unicamente para o âmbito do interesse e das concepções materialistas da vida. O fato é que as formas pelas quais o litígio e seu caráter mecânico se processam, excludentes de qualquer manifestação livre e poderosa da personalidade, não concorrem para atenuar essa impressão desfavorável. Todavia, também, para essa modalidade de confronto, houve um tempo em que a luta envolvia a própria pessoa, o que fazia com que o seu autêntico sentido se destacasse com nitidez. Quando ainda era a espada que decidia a questão do meu e do seu; quando o cavaleiro medieval enviava ao adversário a carta de repto, mesmo a pessoa estranha à luta se impunha a ideia de que nesse combate não se estava disputando apenas o valor da coisa e nem se tratava da simples defesa de uma perda pecuniária, uma vez que, nesse combate, os antagonistas jogavam e defendiam a própria pessoa, o direito e a honra.

Entretanto, não há necessidade de evocar situações que há muito não existem mais a fim de extrair delas o significado de algo que, apesar de ser formalmente diverso, é hoje ainda na essência precisamente o mesmo. Bastará um olhar aos fenômenos de nossa vida atual e a auto-observação psicológica nos conduzirá aos mesmos resultados.

Diante da violação dos direitos, a qualquer sujeito do direito se apresenta o seguinte problema: se deve afirmá-lo, se deve oferecer oposição ao adversário, isto é, lutar, ou se, para se subtrair à luta,

deve a ele renunciar. Não há quem o liberte dessa decisão. Qualquer que seja a decisão, em ambos os casos ela implica um sacrifício: no primeiro caso, o direito é sacrificado pela paz; no segundo, a paz é sacrificada a favor do direito. E assim o problema parece culminar nesta questão: qual dos dois sacrifícios, com fundamento nas relações individuais do caso e da pessoa, é o mais tolerável? O rico, para viver tranquilamente, abrirá mão do montante da lide, se julgar o dinheiro que ela representa pouco significativo; o pobre, para quem esse montante pode se afigurar vultoso, preferirá renunciar à paz. A questão da luta pelo direito se configuraria assim como uma operação aritmética, na qual de uma parte e de outra se comparariam as vantagens e as desvantagens visando chegar a uma decisão.

Ora, ninguém desconhece que na realidade as coisas não são de fato assim. A experiência cotidiana exhibe processos nos quais o valor do objeto da disputa se encontra além de toda relação com o previsível dispêndio de esforço, tensão e custos. Nenhuma pessoa que tenha deixado cair uma moeda na água gastará duas para recuperá-la. Para essa pessoa, a questão de quanto deverá despende é um puro cálculo aritmético. E por que, no caso de um processo, não executar o mesmo cálculo? E que não se diga que o litigante está confiando na vitória, situação em que os ônus estarão a cargo do oponente. O jurista sabe que, inclusive, a mais segura previsão de ter que pagar pela vitória um preço mais alto não induz muitas partes a se absterem do processo. Quantas vezes o advogado que dá assistência à sua parte e que a esta expõe os inconvenientes da questão, aconselhando-a a desistir do processo, ouve dela que está disposta a processar a parte oponente, custe isto o que custar?

Como explicar tal comportamento totalmente desprovido de senso do ponto de vista de um cálculo racional dos interesses?

A resposta que habitualmente se ouve para isso é notória: trata-se do mal funesto da paixão do processo, da prepotência, do puro

gozo da emulação, da simples obstinação, do espírito da discórdia e do pendor para descarregar a raiva no adversário, ainda que com isso se esteja consciente de que se terá que pagar muito caro, talvez uma conta ainda mais dispendiosa do que a do adversário.

Coloquemos por um momento de parte o litígio entre dois indivíduos e os substituamos por duas nações. Uma delas subtraiu da outra, ferindo o direito, um quilômetro quadrado de território desértico destituído de valor. Deverá a segunda nação desencadear uma guerra? Consideremos o problema absolutamente do mesmo prisma da teoria da paixão pelo processo aplicável ao camponês cujo vizinho abusivamente arrou alguns metros quadrados de seu campo ou atirou algumas pedras às suas plantações. Que importância tem um quilômetro quadrado de terra estéril diante de uma guerra cujo custo é a vida de milhares de pessoas, a presença da dor e da miséria em choupanas e palácios, a dissipação de milhões e bilhões do tesouro do Estado e, provavelmente, a ameaça da própria sobrevivência do Estado? Seria, por certo, um misto de perversidade e estupidez fazer tal sacrifício por um objeto tão ínfimo.

Seria essa a decisão se o camponês e a nação fossem avaliados segundo o mesmo padrão. Todavia, ninguém indicará a esta o mesmo parecer que indicaria ao camponês. Qualquer um que fosse testemunha de um povo que permanecesse calado diante de tal afronta, ratificaria a condenação desse povo à sua extinção. Um povo que permite passivamente que lhe seja tomado um quilômetro quadrado sem reagir acabará por perder todo o seu território. E, quando não tiver mais a perder, terá desaparecido como Estado. Acresça-se que tal nação não mereceria outro destino.

Mas se o povo dessa nação deve se defender em virtude de um quilômetro quadrado sem cogitar do valor deste, por que não deve também agir do mesmo modo o camponês por uma pequena faixa de terra? Ou deverá ele se consolar com a frase *quod licet Jovi, non licet bovi*?¹⁸ Mas como o povo luta não pelo quilômetro quadrado,

mas por si mesmo, por sua honra e sua independência, do mesmo modo nos processos, nos quais se trata para o querelante de se defender de um infamante desprezo ao direito, o que está em questão não é o fútil objeto da disputa, mas um objetivo ideal, ou seja, a afirmação da pessoa e do seu sentimento do direito. No que tange a esse objetivo, para o sujeito do direito não tem mais importância todos os sacrifícios e dificuldades que estão vinculados ao desenrolar do processo. O objetivo compensa todos os meios. Não é um prosaico interesse por dinheiro que leva o ofendido a instaurar a demanda, mas a dor moral provocada pela injustiça sofrida; para ele, não se trata de recuperar o objeto (o qual muitas vezes encaminha a uma instituição beneficente para estabelecer o verdadeiro motivo do processo), mas de fazer valer o seu bom direito. Uma voz interior lhe diz que ele não pode se retrair, que o que está em jogo não é o objeto destituído de valor, mas a sua pessoa, a sua honra, o seu sentimento do direito, a sua autoestima, em suma, o processo se transforma, para ele, de uma questão de interesses em uma questão de caráter, ou seja, afirmação ou abandono da própria personalidade.

Ocorre, porém, que a experiência também revela que há indivíduos, em situação análoga, que tomam a decisão precisamente oposta. Para estes, a paz é mais cara do que um direito afirmado à força de empenho e sacrifícios. Como devemos julgar isso? Deveremos simplesmente dizer que é uma questão de gosto e de temperamento individuais, que a um compraz a lide, ao passo que ao outro agrada a paz. Do prisma do direito, são justificadas tanto uma coisa quanto a outra, uma vez que o direito lega ao sujeito a escolha de fazer valer o direito subjetivo ou a ele renunciar. Entendo que esse parecer, encontrado não raramente no cotidiano da vida, é uma concepção a ser rejeitada e entra em conflito com a essência mais íntima do direito; se fosse imaginável que, em qualquer lugar, tal concepção se tornasse a geral, isso acarretaria a morte do próprio direito, pois, enquanto o direito, para

subsistir, necessita da mais enérgica resistência contra a injustiça, essa concepção prega a capitulação pusilânime ante a injustiça. A essa concepção eu contraponho o princípio pelo qual a resistência contra uma injustiça ultrajante, que ofende a própria pessoa – vale dizer a resistência contra uma violação do direito que, por sua natureza, assume o feitio de um menoscabo consciente do mesmo, de uma ofensa pessoal – é um *dever*. Tal resistência é um dever do sujeito do direito para com ele próprio, uma vez que é um mandamento da autopreservação moral. E constitui um dever para com a comunidade, pois essa autopreservação é mister para que o direito seja exequível.

CAPÍTULO

II

A luta pelo direito é um dever do sujeito do direito para consigo mesmo.

A afirmação da própria existência constitui uma lei suprema de todas as criaturas vivas. No instinto de autopreservação, essa lei se manifesta em todas as criaturas. No que concerne ao ser humano, porém, não se trata apenas da vida física, mas, simultaneamente, da sua existência moral, em relação ao que uma das condições é a afirmação do direito. No direito, o ser humano é detentor e defensor de sua condição de existência moral – sem ele, o ser humano tomba no nível do animal;^{19, 20} a propósito, os romanos, de forma inteiramente coerente, colocavam no mesmo plano (do prisma do direito abstrato) os escravos e os animais. A afirmação do direito é, portanto, um dever da autopreservação moral. Uma renúncia a este – com efeito, hoje impossível, mas outrora possível – representa um suicídio moral. Mas o direito é somente a soma dos seus institutos singulares, cada um deles contendo uma específica condição de existência física ou moral:²¹ a propriedade, assim como o matrimônio; o contrato, assim como a honra. Uma renúncia a uma única dessas condições é, por conseguinte, do ponto de vista jurídico, tão impossível quanto renunciar ao direito na sua totalidade. Mas é possível a agressão a essas condições por parte de alguém e o sujeito do direito tem o dever de repelir essa agressão, uma vez que não basta a simples concessão abstrata dessas condições de existência por parte do direito objetivo, as quais devem ser concretamente afirmadas pelo sujeito, e o estímulo para essa

afirmação é dado pelo arbítrio que ousa investir contra essas condições.

Nem todo ataque ao direito é, entretanto, um arbítrio, ou seja, uma insurreição contra a ideia do direito. O possuidor de algo de minha propriedade que se julga seu proprietário não contesta a ideia da propriedade presente em minha pessoa, antes, invoca-a a seu favor. A disputa entre nós dois se circunscreve à questão de quem é o proprietário. O ladrão e o assaltante,²² porém, se colocam além e fora da propriedade e negam, conjuntamente com minha propriedade, concomitantemente a própria ideia de propriedade e, com isso, uma condição essencial de existência de minha pessoa. Se imaginássemos a conduta deles como universal, a propriedade seria negada tanto como princípio quanto na prática. Por conseguinte, a ação deles não contém apenas uma agressão assestada contra algo que me pertence, mas também contra minha pessoa e se constitui meu dever afirmar esta última, agora o mesmo dever se estenderá à afirmação das condições sem as quais a existência da pessoa é impossível; aquele que é atacado na sua propriedade defende a si mesmo, à sua personalidade. Somente o conflito entre o dever de afirmar a propriedade e o dever superior de preservar a vida – conflito que se apresenta quando o criminoso impõe ao ameaçado a escolha entre a bolsa e a vida – pode justificar o abandono da propriedade. Entretanto, à exceção desse caso, constitui dever de todo indivíduo para consigo mesmo combater um ato de desprezo do direito contra sua pessoa com todos os meios disponíveis; a tolerância ou passividade diante da agressão do direito significará a admissão em sua vida por um momento da ausência do direito. Mas ninguém poderá se dispor a espontaneamente colaborar com isso. Totalmente diversa é a situação do proprietário diante de quem, de boa-fé, se apresenta àquele que detém a posse de algo que lhe pertence. Nesse caso, o problema de como deva ele agir não é uma questão do sentimento de direito, do seu caráter, da sua personalidade, mas uma pura

questão de interesses, visto que, aqui, somente o valor da coisa está em jogo, situação em que se justifica plenamente o fato de, quando se decide pelo recurso ou não à demanda transigir-se, cogitar-se do ganho e do gasto e ainda sobre a conclusão do processo.²³ Em tal hipótese, um acordo, que representaria o ponto de convergência de tal cômputo das probabilidades, feito bilateralmente e contemplando as condições que pressuponho aqui, revelar-se-ia não apenas um meio de obter uma solução admissível, mas o meio mais correto de obter a solução da disputa. Se, todavia, é amiúde tão difícil alcançar um acordo, se desde logo as duas partes quando se acham em juízo com seus respectivos advogados se recusam a quaisquer negociações, o motivo disso não reside simplesmente no fato de que, no que tange ao êxito do processo, nenhum dos litigantes está confiante na vitória, mas no fato de que esta pressupõe na parte antagônica uma injustiça consciente, uma má intenção. Portanto, a questão, ainda que do prisma processual se mova sob as formas da violação objetiva do direito (*reivindicatio*), do ponto de vista psicológico adquire para o litigante precisamente a mesma forma do caso precedente, a saber, a forma de uma ofensa consciente do direito e, do ponto de vista do sujeito, a obstinação com a qual repele a agressão ao seu direito é motivada e eticamente justificada absolutamente do mesmo modo que o é diante do ladrão. Nessa situação, o querer demover a parte litigante advertindo-a sobre os custos e demais efeitos do processo e da incerteza do sucesso deste constitui um erro psicológico, visto que a questão em pauta não é de fato uma questão de interesses, mas a do sentimento de direito ofendido. O único ponto sobre o qual é possível atuar com alguma probabilidade de sucesso é o pressuposto da má intenção do adversário, pela qual esta parte se deixa orientar; caso se lograsse convencer esta última parte do contrário, ter-se-ia rompido o próprio nervo da oposição e a parte se tornaria disposta a considerar a coisa sob o prisma do interesse, mostrando então disposição para o acordo. Qualquer advogado

praticante conhece muito bem até que ponto a resistência obstinada das ideias preconcebidas da parte se opõe a essas tentativas e, creio não ir eu de encontro a alguma oposição se asseverar que essa insuficiência psicológica, essa desconfiança inflexível não é algo puramente individual, algo condicionado pelo eventual caráter pessoal, mas, em grande medida, o produto determinado pelos desníveis gerais decorrentes do grau de cultura e peculiaridades profissionais dos litigantes. No que se refere ao camponês, a resistência constituída por essa desconfiança é mais difícil de ser suplantada. A chamada paixão do processo, de que ele é acusado, não passa do produto de dois fatores que são nele incisivamente característicos: um intenso sentimento de propriedade, para não dizer de cupidez, e uma acentuada desconfiança. Ninguém, como o camponês, conhece tão bem o próprio interesse e é tão ligado pelo empenho e o zelo ao que tem; e, assim mesmo, como é notório, não há alguém que tão amiúde ponha tudo em sério risco por uma demanda. Trata-se, aparentemente, de uma contradição. Contudo, na realidade, é perfeitamente explicável. Pelo próprio fato de seu sentimento de propriedade ser intensamente desenvolvido, sensibiliza-se o camponês muito mais com a dor provocada pela ofensa desse seu sentimento, a qual produz, por sua vez, uma reação tanto mais violenta. A paixão gerada pela desconfiança, pelo sentimento de propriedade é análoga ao fenômeno do ciúme no amor, que acaba por se voltar contra si mesmo, destruindo aquilo pelo que pretende zelar.

O antigo direito romano oferece uma interessante confirmação do que acabo de dizer. Nele toda desconfiança do camponês, a qual em todo conflito jurídico abriga a suspeita de uma má intenção do adversário, chegou ao ponto de se constituir em normas de direito. Em todos os casos, mesmo naqueles em que nos defrontamos com um conflito jurídico no qual nenhuma das partes em litígio pode demonstrar boa-fé, a parte perdedora é punida pela resistência que opôs ao direito do adversário. Ao sentimento de direito ofendido não

basta a simples restauração do direito, também exigindo ele uma satisfação particular pelo fato de o adversário, culpado ou inocente, ter contestado o direito. Se competisse aos camponeses atuais fazer o direito, provavelmente este seria o mesmo dos seus colegas de profissão da antiga Roma. Mas, já em Roma, à medida que a cultura progrediu, a desconfiança foi, por princípio, superada no direito graças à precisa distinção entre dois tipos de agressão ao direito, a saber, o culposo e o destituído de culpa, ou o subjetivo e o objetivo (na linguagem hegeliana: a violação despreocupada ao direito).²⁴

Essa distinção entre a violação subjetiva e a objetiva detém, quer do ponto de vista legal quer daquele científico, uma importância extraordinária. Expressa a maneira pela qual o direito considera a coisa sob o prisma da justiça e em conformidade com isso pondera as consequências da violação segundo a diversidade dela mesma. Mas, para a interpretação do sujeito, para o modo no qual o seu sentimento do direito (que não vibra segundo os conceitos abstratos do sistema) é atingido por uma violação que lhe sucedeu, essa distinção não é, de fato, decisiva. É possível que as circunstâncias do caso particular apresentem motivos para, no caso de um conflito que ante a lei seria qualificado como simples violação objetiva do direito, partir da suposição de que o adversário (a outra parte) alimenta má intenção, e que cometeu uma injustiça deliberada; nessa situação, terá toda a razão em fazer desse parecer o referencial de sua conduta. Diante do herdeiro do devedor, o qual desconhece o débito, o que o faz exigir a prova do mesmo antes de efetuar o pagamento, o direito me concede a mesma *condictio ex mutuo* que me concede contra o devedor, que, escandalosamente, questiona o empréstimo feito ou dilata sem motivo a restituição. Isso não me impedirá de olhar sob uma luz inteiramente diversa o procedimento de um e de outro e de regular, em conformidade com isso, meu procedimento. O devedor, para mim, está no mesmo nível do ladrão; ele procura deliberadamente me privar do que me

pertence e, na sua pessoa, a violação consciente do direito se insurge contra o direito. O herdeiro do devedor, ao contrário, é igual ao possuidor em boa-fé do meu bem; ele não nega o princípio segundo o qual um devedor deve pagar, mas a minha afirmação de que ele próprio seria um devedor, valendo para ele tudo que anteriormente eu disse acerca do possuidor em boa-fé. É possível que possa com ele celebrar uma negociação ou pura e simplesmente me abster completamente de instaurar um processo se não contar com a certeza de uma conclusão favorável. Entretanto, diante do devedor, que se empenha em me privar do meu bom direito e especula com meu receio do processo, com o meu comodismo, com minha indolência e debilidade, eu devo e não posso me isentar de perseguir o meu direito a qualquer custo. Se me omitir a isso, estarei renunciando não somente a *esse direito*, mas ao *direito*.

Acredito que os argumentos que acabei de expor suscitarão uma objeção, ou seja: o que sabe o povo acerca do direito de propriedade, acerca da obrigação jurídica enquanto condição ética da existência da pessoa? Saber? Decerto que não sabe! Mas outra questão que vem à baila é se o povo não o *sente* enquanto tal. Espero poder demonstrar que assim é. Que sabe o povo a respeito dos rins, dos pulmões, do fígado enquanto condições da existência física? Mas qualquer um experimenta a pontada no pulmão, a dor no rim ou no fígado e compreende o aviso que estão a dar. A dor física é um sinal de um distúrbio orgânico, da presença de uma influência hostil no próprio organismo; abre nossos olhos para um perigo ameaçador e a dor que produz significa uma advertência de que devemos ficar prevenidos. Exatamente o mesmo vale quanto à dor moral, que é produzida pela injustiça intencional, pela ação arbitrária. De intensidade variada, tal como a dor física, segundo a diferença da sensibilidade subjetiva, a forma e o objeto da transgressão do direito – tópicos que abordaremos na sequência mais minuciosamente –, essa dor se manifesta em todo ser humano

que não tenha já perdido para ela toda sensibilidade, ou seja, que não tenha se acostumado a uma ausência fatual do direito; da mesma forma que a dor física, a dor moral envia ao ser humano o mesmo aviso, não para que tome a providência mais óbvia para que a dor cesse, mas para que tome providências que tenham maior alcance no sentido da conservação da saúde, a qual seria solapada se houvesse um suportar passivo da dor. Em um caso é o aviso para o dever da autopreservação física, no outro, aquele do dever da autopreservação moral. Tomemos, a título de exemplo, um caso menos sujeito a dúvidas, ou seja, aquele da ofensa à honra na profissão em que o sentimento da honra é mais cultivado, ou seja, na dos oficiais militares. Um oficial militar que tenha suportado, sem reagir, uma afronta à sua honra não terá mais como prosseguir ocupando seu cargo. Por quê? Se a afirmação da honra é um dever para todos, por que o cumprimento desse dever se afigura mais incisivo entre os militares? Porque os militares experimentam o sentimento, inteiramente justificado, de que, para eles, particularmente, a afirmação destemida da própria pessoa constitui requisito absolutamente indispensável da posição que ocupam, uma vez que uma profissão que, por sua própria natureza precisa incorporar a coragem pessoal, não pode tolerar a covardia entre seus integrantes, sob pena de se degradar a si mesma.²⁵ Faça-se a comparação com a profissão do camponês. O mesmo homem, que defende com extrema obstinação sua propriedade, mostra em relação à sua honra uma insensibilidade extraordinária. Como explicá-lo? Explica-se-o com base no sentimento próprio ligado à especificidade das suas condições de vida, como no caso do oficial militar. A profissão do camponês não o conclama à coragem, mas ao labor, sendo que este é defendido por ele na propriedade. O labor e a aquisição de propriedade constituem a honra do camponês. Um camponês indolente, que não conserva em bom estado as suas plantações ou dissipa levianamente os seus bens, junto aos seus colegas de profissão, é desprezado exatamente

como entre os seus companheiros é desprezado um oficial que não cuida de sua honra. Outrossim, nenhum camponês censurará outro camponês pelo fato de este não haver desencadeado uma desavença ou movido um processo em virtude de uma ofensa. Do mesmo modo, nenhum oficial censurará outro pelo fato de este não ser um bom administrador de seus bens. Para o camponês, o pedaço de terra que cultiva e o animal que cria são o fundamento de sua existência e, assim, contra o vizinho que invade e ara alguns metros quadrados de sua terra e o comerciante que nega injustamente o preço combinado por seus bois, ele instaura, a seu modo, ou seja, sob a forma de um processo conduzido por uma paixão exacerbada a mesma luta pelo direito que o oficial militar ferido na sua honra trava empunhando a espada contra aquele que ofendeu a sua honra. Um e outro se sacrificam desmesuradamente, não medindo, com efeito, as consequências. E isso não podem deixar de fazer, pois se limitam a acatar a lei da sua autopreservação moral. Coloquemos as mesmas pessoas no banco dos jurados e permitamos que, em uma primeira vez, os oficiais julguem delitos cometidos contra a propriedade e os camponeses as ofensas à honra e que, em uma segunda vez, estes últimos julguem os delitos contra a propriedade e os oficiais as ofensas à honra: quão diversos seriam os julgamentos em ambos os casos! Sabe-se que, para delitos contra a propriedade, não há juiz mais severo do que o camponês. E, ainda que não disponha de qualquer experiência em casos desse tipo, arrisco-me a afirmar que, em um caso pouco frequente no qual um camponês apresentasse uma queixa por injúria, seria para o juiz muito mais fácil levar a bom termo as tentativas conciliatórias do que se a queixa trazida pela mesma pessoa envolvesse suas propriedades. O camponês da Roma antiga se satisfazia com 25 asses de indenização por uma bofetada recebida e, mesmo quando alguém lhe furava um olho, ainda se mostrava acessível a uma conciliação, em lugar de furar o olho, por sua vez, de seu adversário, conforme era permitido.²⁶ Por

outro lado, era sua expectativa que a lei lhe permitisse transformar em seu escravo o ladrão surpreendido em flagrante ou matá-lo, se a isto se opusesse – o que a lei lhe facultava. No primeiro caso, tratava-se apenas de sua honra e do seu corpo; no segundo, tratava-se do seu patrimônio.²⁷

Acrescento, em terceiro lugar, o comerciante. Aquilo que a honra é para o oficial militar, a propriedade para o camponês, para o comerciante é o crédito. Manter o crédito é para ele uma questão vital e aquele que o acusa de negligência quanto ao cumprimento de suas obrigações, atinge-o em um ponto mais sensível do que aquele que lhe assesta uma ofensa pessoal ou o rouba. É pertinente a essa posição característica do comerciante o fato dos novos códigos limitarem cada vez mais ao comerciante e profissionais similares a penalização da bancarrota irresponsável ou fraudulenta.

O objetivo desta última parte de meu discurso não foi constatar simplesmente o dado fático segundo o qual o sentimento de direito testemunha uma suscetibilidade diferente de acordo com a classe social e a profissão, na medida em que avalia a sensibilidade de uma violação do direito simplesmente segundo o padrão do interesse de classe; antes, esse dado fático deveria apenas me servir para frisar uma verdade cujo significado é muito mais expressivo, ou seja, o princípio pelo qual todo titular do direito defende no seu direito as condições éticas de sua vida. Com efeito, o fato observável de que, nas três profissões às quais nos referimos, a suscetibilidade mais elevada do sentimento de direito é manifestada precisamente nos pontos que consubstanciam as condições específicas de existência de tais atividades profissionais, indica que esse sentimento não é determinado – tal como um fenômeno ordinário – exclusivamente pelos fatores de cunho pessoal relativos ao temperamento e o caráter, concorrendo simultaneamente para isso um fator social, que é o sentimento da irrenunciabilidade peculiar de determinado instituto jurídico para as condições vitais de certa profissão. O grau de energia mediante o

qual o sentimento de direito atua contra uma violação do direito é, a meu ver, um seguro critério de avaliação do nível de força com o qual um indivíduo, uma classe ou um povo capta a importância do direito, quer o direito em geral quer um instituto singular que contempla propósitos particulares de vida. Para mim, esse princípio encerra uma verdade universal, valendo tanto para o direito público quanto para aquele privado. A mera suscetibilidade que as diversas classes profissionais revelam em relação a uma violação de todos aqueles institutos, que constituem predominantemente o fundamento da existência delas, repete-se precisamente nos diversos Estados em relação a instituições nas quais se afigura realizado o princípio vital específico delas. O avaliador da suscetibilidade delas e, por conseguinte, do valor que elas atribuem a essas instituições é constituído pelo Direito Penal. A incrível diversidade que se observa nas legislações penais dos vários países no que respeita à brandura ou à severidade, funda-se grandemente no ponto de vista supracitado das condições de existência. Cada Estado pune da maneira mais rigorosa os delitos que ameaçam o seu princípio vital específico, enquanto, no que tange aos outros delitos, utiliza correntemente uma brandura que, não raro, oferece um contraste extraordinário. A teocracia encara a blasfêmia e a idolatria como crimes dignos da pena de morte, ao passo que vê na transgressão de marcos divisórios apenas uma simples contravenção (direito mosaico); o Estado que vive dos proventos da agricultura, ao contrário, punirá com máxima severidade esse último transgressor, enquanto punirá brandamente o blasfemador (direito romano antigo); o Estado que vive das rendas provenientes do comércio encarará como supremo crime a falsificação da moeda e a falsificação em geral; o Estado militar vê como faltas mais graves a insubordinação, as infrações disciplinares etc.; o Estado absolutista, os crimes de lesa-majestade; a república, as tendências para a implantação de formas de poder monárquico. Nesses casos, todos aplicarão uma severidade que contrasta

agudamente com o modo que tratam os demais delitos. Em síntese, a reação do sentimento de direito dos Estados e dos indivíduos é tanto mais violenta nos casos em que se sentem diretamente ameaçados nas suas condições de existência específicas.²⁸

Como as condições específicas da classe social e da profissão podem conferir um acréscimo de importância a certos institutos do Direito e, assim, por via de consequência, aumentar-se-á a suscetibilidade do sentimento de direito relativamente a uma violação dos mesmos, inversamente, as mesmas condições podem produzir uma diminuição quer da importância de certos institutos, quer da sensibilidade do sentimento de direito atingido. A classe dos serviçais²⁹ não pode sustentar o sentimento da honra do mesmo modo que as demais camadas sociais; sua posição comporta algumas humilhações contra as quais se rebela debalde o indivíduo enquanto são suportadas pela classe profissional; a um indivíduo que seja dotado de elevado sentimento de honra, não resta nessa posição senão duas alternativas, nomeadamente, ou reduzir suas pretensões ao nível dos outros integrantes de sua classe, ou abandonar sua profissão. E, somente então, quando se generalizar um tal sentimento, abrir-se-á para o indivíduo a perspectiva de valorizar de maneira frutífera sua força – de preferência a consumi-la em uma luta vã – em associação com aqueles que experimentam iguais inclinações, de sorte a elevar o nível da honra profissional, não me referindo simplesmente ao sentimento subjetivo da honra, mas ao seu reconhecimento objetivo por parte das outras classes da sociedade. Nesse aspecto, a posição da classe dos serviçais melhorou consideravelmente nos últimos 50 anos.

O que acabo de observar a respeito da honra se aplica inclusive à propriedade. Também a suscetibilidade em relação à propriedade, o legítimo sentimento da propriedade – o qual não entendo como a sede do lucro, a caça do dinheiro e dos bens, mas o sentimento másculo do proprietário, do que apresentei como exemplo altamente representativo o camponês, o proprietário que defende sua

propriedade, não por ser esta um objeto de valor, mas por lhe pertencer – pode se debilitar se sujeito à influência de fatores desfavoráveis. O que tem a ver – muitos se expressam frequentemente assim – a coisa que me pertence com a minha pessoa? Serve-me como meio de sustento da vida, de ganho, de gozo, mas, como não constitui um dever me manter no encalço do dinheiro, também nenhum dever moral me obriga, devido a uma ninharia, a instaurar um processo que custa dinheiro, tempo e transtorna a própria tranquilidade. O único motivo que deve me nortear na reivindicação legal do meu patrimônio é o mesmo que me orienta na aquisição e no uso do mesmo, a saber, o meu interesse. Conclusão: um processo que tange ao meu e ao teu é uma pura questão de interesses.

Da minha parte, só posso ver em tal concepção da propriedade uma deturpação do íntegro sentimento de propriedade, e somente consigo entrever o fundamento dessa concepção em um desvio das condições naturais³⁰ da propriedade. A responsabilidade desse desvio não é da riqueza e do luxo – não vejo em uma ou outro qualquer perigo para o sentimento jurídico do povo – mas da imoralidade da aquisição da propriedade. A fonte histórica e o fundamento ético da justificação da propriedade é o trabalho, pelo qual não entendo apenas aquele das mãos e dos braços, como também aquele do espírito e do talento; ademais, reconheço não somente ao próprio trabalhador, como também aos seus herdeiros, um direito ao produto do trabalho, isto é, encontro no direito hereditário uma consequência necessária do princípio do trabalho ao sustentar que não é lícito impedir o trabalhador de renunciar à fruição pessoal do produto de seu trabalho a fim de transmiti-la – seja durante sua vida, seja após sua morte – a outras pessoas. Unicamente por meio de sua ligação contínua com o trabalho pode a propriedade permanecer vigorosa e saudável; somente junto a essa fonte que constantemente a cria e renova, a propriedade se mostra clara e transparentemente no seu recôndito detentora de

todas as potencialidades para o ser humano. Mas quanto mais a corrente se afasta dessa fonte e avança pelas regiões inferiores da aquisição fácil ou até daquela que dispensa qualquer esforço, mais se torna ela turva até perder, finalmente, os derradeiros traços das suas qualidades originais no dissoluto jogo da bolsa e das manipulações fraudulentas das ações. Nesse ponto, no qual todo o resto da ideia moral se perdeu, obviamente não se pode mais falar de um sentimento da obrigação moral de defender a própria propriedade; falta aqui toda compreensão do sentimento de propriedade vivo em todo aquele que deve ganhar o pão com o suor do rosto. O mais grave em tudo isso é que, lamentavelmente, a disposição de espírito e o estilo de vida engendrados por tais fatos acabam se transmitindo a círculos sociais nos quais não teriam se produzido espontaneamente se não houvesse ocorrido o contato com outras esferas.³¹ A influência dos milhões ganhos nos jogos da bolsa se faz sentir até nas choupanas e o mesmo homem que fosse transplantado para outro ambiente e nele sentisse com base na sua experiência as bênçãos inerentes ao seu trabalho, sob a pressão enervante de tal clima passaria a ver o próprio trabalho como uma maldição. O comunismo somente viceja nos pântanos nos quais a ideia de propriedade se embrenhou por falsas sendas; na fonte dela, ele não é conhecido. A afirmativa de que a concepção da propriedade dos círculos dominantes não se restringe a estes últimos, mas é transmitida também para as demais classes da sociedade, constata-se como verdadeira no campo, ainda que em sentido oposto. Aquele que vive aí de maneira estável e não permanece fora das relações com o camponês, termina por adquirir algo do sentimento de propriedade e do espírito de poupança dele, mesmo que o estado de seu patrimônio e seus traços individuais não sejam propícios a essas inclinações. O mesmo homem mediano, supondo inalteráveis as demais circunstâncias, na região rural, torna-se parcimonioso com os camponeses; em uma cidade como Viena, torna-se esbanjador com os milionários.

Mas seja qual for o motivo dessa apatia no que se refere à disposição, que por apego à comodidade renuncia à luta pelo direito, os limites em que o valor do objeto do litígio não estimula a resistência, para nós se trata apenas de conhecê-la e mostrá-la como ela é. A filosofia da vida prática por ela predicada não é outra senão aquela da covardia. Também o covarde, que foge à batalha, salva aquilo que os outros sacrificam, a saber, a sua vida; contudo, salva-a ao custo de sua honra. É somente a circunstância dos demais resistirem que o protege e a comunidade das consequências que, de outro modo, o comportamento dele inevitavelmente acarretaria; se todos pensassem como ele, todos estariam perdidos. Raciocínio idêntico é aplicável à renúncia covarde do direito. Inócuo se constituísse a prática de um indivíduo isolado, tal renúncia, guindada à máxima geral de conduta, significaria o fim do direito.³² Igualmente aqui o aparente caráter inócuo de tal procedimento só ocorre porque este não afeta em uma maior escala, a luta do direito contra a injustiça, isso porque, em primeiro lugar, toda ela mesma não é confiada simplesmente aos indivíduos; nos Estados desenvolvidos, também o poder do Estado a ela se dedica da forma mais extensiva, perseguindo e punindo ele mesmo todas as ofensas mais graves cometidas contra o direito do indivíduo, contra a sua pessoa, a sua vida e o seu patrimônio. A polícia e o direito criminal poupam o sujeito do direito de grande parte do labor. Mas, inclusive com referência àquelas violações do direito, cuja defesa fica a cargo do indivíduo, a luta jamais se encerra, visto que nem todos acolhem a política do covarde e este, inclusive, quando o valor do litígio supera a sua indolência, põe-se ao lado dos lutadores. Porém, convém que imaginemos as situações em que o sujeito do direito se vê impossibilitado de contar com o suporte da polícia e do direito penal, transferindo-nos aos tempos nos quais, como na Roma antiga, a perseguição do ladrão e do assaltante cabia à vítima. Quem não vê ao que conduziria o abandono do direito em tais circunstâncias? Por certo, ao encorajamento dos ladrões e

assaltantes. O mesmo é aplicável à vida dos povos. Uma vez que todo povo só pode confiar completamente em si mesmo, não há qualquer outro poder superior que se encarregue da proteção do seu direito. E basta que eu lembre meu exemplo precedente do quilômetro quadrado de terra para mostrar o que significa para a vida dos povos essa concepção da vida, a qual pretende aquilatar a resistência à injustiça com base no valor material do objeto da disputa. Mas uma máxima que em todos os casos nos quais a pomos à prova se revela impensável, como uma dissolução e uma negação do direito, não é possível ser definida como a máxima justa nem naqueles casos em que, excepcionalmente, suas consequências danosas sejam contrabalançadas por circunstâncias favoráveis. Terei na sequência a oportunidade de mostrar a influência nociva que, mesmo nessa situação relativamente favorável, é exercida.

Afastemos, portanto, de nós, essa moral da comodidade que nenhum povo, nenhum indivíduo dotado de um sentimento sadio do direito jamais acolheu. Tal moral é o sintoma e o produto de um sentimento enfermigo, débil do direito; não é mais do que o materialismo crasso, nu e cru na esfera do direito. Até mesmo o materialismo goza de certos direitos nesse âmbito, mas circunscrito a determinados limites. A aquisição do direito, seu uso e até o fazer valer o próprio direito em caso de violações puramente objetivas são uma pura questão de interesses – o interesse constitui o núcleo prático do direito no sentido subjetivo.³³ Mas, diante do arbítrio, que ergue a mão contra o direito, aquela consideração materialista, que confunde a questão jurídica e a questão dos interesses, perde sua razão de ser, porque o golpe que o puro arbítrio aplica ao direito atinge conjuntamente com o direito a própria pessoa.

É indiferente qual seja o objeto do direito. Se o mero acaso o houvesse lançado ao círculo dos meus direitos, poderia ocorrer ser possível dali se afastar sem prejudicar a mim mesmo; porém, não é o acaso, mas a minha vontade que estabelece o laço entre o objeto

do direito e eu mesmo, e inclusive isso ao custo de um labor precedente, próprio ou de outrem. Possuo e defendo um fragmento de labor do passado por mim ou por outro executado. Ao torná-lo meu, imprimi-lhe a marca de minha pessoa; quem o viola, também viola esta última. O golpe desferido que o atinge, atinge a mim mesmo, uma vez que estou presente nesse objeto que encarna um fragmento do passado de labor; a propriedade não passa da periferia materialmente ampliada da minha pessoa.

Essa relação do direito com a pessoa confere a cada direito, seja qual for o gênero deste, aquele valor incomensurável que eu – em oposição ao valor puramente substancial detido do prisma do interesse – defino como valor ideal. É dele que resulta o esforço e a energia na afirmação do direito que descrevi nas páginas anteriores. Essa concepção ideal do direito não constitui o privilégio de naturezas superdotadas, antes o homem mais rude pode a ela ter acesso tal como o homem mais culto, tanto o mais rico quanto o mais pobre, tanto os povos selvagens quanto as nações civilizadas, e é precisamente essa circunstância que nos mostra a extensão na qual encontra fundamento essa forma de idealismo na própria essência do direito – nada mais é senão o estado saudável do sentimento de justiça. Assim, o mesmo direito que, aparentemente, conduz o ser humano tão só à baixeza do egoísmo e do cálculo, por sua vez o eleva de novo às alturas do ideal, ponto em que ele deixa de lado toda manha e todo cálculo interesseiro, bem como o critério utilitarista pelo qual está habituado a tudo aquilatar a fim de participar inteiramente de uma ideia. O direito, prosa na região daquilo que é puramente material, na esfera do pessoal, na luta pelo direito com o propósito da afirmação da pessoa, converte-se em poesia: *a luta pelo direito é a poesia do caráter*.

E o que realiza tal prodígio? Não é o conhecimento, nem a cultura, mas simplesmente o sentimento de dor. A dor é o grito por socorro e a invocação de ajuda da natureza ameaçada, o que vale tanto para o organismo físico quanto para o moral e o que a

patologia do organismo humano representa para o médico, a patologia do sentimento do direito representa para o jurista e para o filósofo do direito, ou melhor, é o que deveria representar, pois seria equívoco afirmar que já o representa. Nisso reside todo o mistério do direito. A dor que a agressão ao direito produz no homem contém em seu âmago a confissão instintiva do que representa o direito; em primeiro lugar, do que é para ele, para o indivíduo, mas, posteriormente, também do que representa para a sociedade humana. O verdadeiro significado e a autêntica essência do direito emergem mais nesse único momento sob a forma da emoção, do sentimento imediato do que nos muitos anos de fruição imperturbável dos direitos subjetivos. Quem nunca experimentou em si mesmo ou em outrem essa dor não sabe o que é o direito, ainda que conheça de cor todo o *corpus juris*. Não é o intelecto, mas somente o sentimento que se encontra em condição de fornecer uma resposta ao porquê a língua tenha – e com razão – indicado a fonte psicológica originária de todo o direito como sentimento do direito. Consciência do direito, convicção jurídica são abstrações da ciência desconhecidas pelo povo: a força do direito, tal como aquela do amor, funda-se no sentimento. Mas como o amor amiúde não conhece a si mesmo e basta um instante para conduzi-lo à plena consciência de si mesmo, também o sentimento do direito, quando incólume, de ordinário não sabe o que guarda em seu seio; como a agressão do direito, entretanto, assoma a questão penosa que o constrange a falar e ele traz a verdade à luz e faz surgir a força. Já asseverei no que consiste essa verdade, ou seja, o direito é a condição moral da vida da pessoa, a afirmação do próprio direito constitui sua própria autopreservação moral.

A energia exercida pela reação efetiva do sentimento do direito ante uma violação do direito representa a pedra de toque do seu estado de saúde. Entendo que a suscetibilidade, quer dizer, a capacidade de sentir a dor diante de uma agressão ao direito e a energia, ou seja, a bravura e a determinação mostradas no repelir a

agressão, constituem os critérios para aquilatar a presença de um saudável sentimento do direito.

Devo aqui me abster de desenvolver o interessante e extenso tema da patologia do sentimento do direito; contudo, é-me permitido tecer algumas considerações.

A suscetibilidade do sentimento do direito não é idêntica em todos os indivíduos, diminuindo ou aumentando na medida em que este indivíduo, esta classe, este povo, percebem a importância do direito enquanto condição moral da existência deles mesmos e, em particular, percebem a importância não simplesmente do direito em geral, como também aquela de um determinado instituto jurídico. Já me referi a esse tópico no tocante à propriedade e à honra. Agora, acrescentarei, como terceira relação, o matrimônio. E estas reflexões expressam o modo de diversos indivíduos, povos e legislações encarar o adultério.

O segundo elemento no sentimento do direito, a energia, é algo que tange unicamente ao caráter. O comportamento de um homem ou de um povo diante de uma violação do direito é a mais segura pedra de toque do seu caráter. Se por *caráter* entendemos a personalidade plena, fundada em si mesma e que se autossustenta, a melhor oportunidade de submetê-la à prova será quando o arbítrio ferir tanto o direito quanto a pessoa. O feitio da reação adotada nessa situação pelo sentimento do direito e pela personalidade agredida (a qual pode vir a ser realizada mediante um ato impetuoso e movido pela paixão provocado pelo impacto psicológico, ou mediante uma tenaz resistência) de modo algum é determinante da energia e da intensidade do sentimento do direito. Não há equívoco maior do que atribuir a um povo bárbaro e inculto, cujo primeiro esboço de reação é o normal, um sentimento do direito mais expressivo e atuante do que aquele de um povo desenvolvido, o qual opta pela segunda alternativa. Resultam os feitios de reação mais do temperamento e do nível cultural. A firmeza, a rigidez, a tenacidade na defesa não são de menor valia do que a

impetuosidade, a violência e a paixão. Deplorável seria se assim não fosse, uma vez que acenaria para a perda gradativa do sentimento do direito por parte dos indivíduos e dos povos à medida que estes fossem granjeando maior cultura. Basta olhar de relance à história para ver essa hipótese desmentida. Por outro lado, o contraste riqueza/pobreza não constitui fator determinante. Por maior diferença que haja entre os padrões de avaliação segundo os quais ricos e pobres aquilatam as coisas, os mesmos, já o indicamos, não são levados em consideração quando uma transgressão ao direito está em pauta, já que, nesse caso, não é somente o valor material do respectivo objeto que se acha em jogo, como também o valor ideal do direito, o grau de força com o qual o sentimento do direito é projetado sobre o patrimônio, não sendo nesse caso o fator determinante o patrimônio em si mesmo, mas o feitio individual apresentado pelo sentimento do direito. Tem-se disso prova exemplar no povo inglês, cuja riqueza nada afetou o próprio sentimento do direito. No continente europeu, temos observado o que nos leva ao convencimento quanto à energia com a qual esse povo se afirma em termos de questões de cunho puramente patrimonial. Para ilustrá-lo, é suficiente que se invoque uma figura que já conquistou tipicidade, ou seja, aquela do viajante inglês, cuja postura diante de um logro que se lhe pretenda aplicar um hoteleiro ou cocheiro é caracterizada por reação tão varonil que se nos afigura nesse momento estar em risco o próprio direito da velha Inglaterra; isso a ponto de prorrogar sua data de partida e passar vários dias no mesmo local, despendendo dez vezes a quantia que deveria pagar [a fim de apurar a verdade]. O povo acha engraçado e não é capaz de compreender. Mas seria útil que se esforçasse para compreender, pois as poucas libras que o inglês se põe a defender representam a velha Inglaterra. Na sua pátria, todos o compreendem facilmente, o que constitui o motivo de dificilmente alguém ousar lesá-lo. Substituamos nessa situação o inglês por um austríaco de posição e fortuna correspondentes. Qual será sua

postura? A confiar na experiência que obtive nesse domínio, nem sequer dez em cem agirão como o inglês. Os demais desistirão diante dos aborrecimentos produzidos pela luta, diante da controvérsia suscitada pela mesma, ante a possibilidade de uma interpretação equívoca da postura deles, possibilidade essa que é simplesmente incogitável para o inglês em sua terra, e com a qual se conforma entre nós; em outros termos, preferem se submeter ao pagamento. Ora, a libra que o inglês se nega a pagar e que o austríaco paga é muito mais significativa do que aquilo que se imagina, significa um pedaço da Inglaterra e da Áustria, significa séculos de desenvolvimento político e da vida social de tais povos.

CAPÍTULO

IV

No que antecede, tentei desenvolver a primeira das proposições que aventei, a de que *a luta pelo direito constitui um dever do sujeito do direito para consigo mesmo*. Agora, deter-me-ei na segunda, ou seja, a de que *a afirmação do direito constitui um dever para com a comunidade*.

Visando fundamentar essa proposição, sou forçado a examinar mais acuradamente a relação entre o direito em sentido objetivo e aquele em sentido subjetivo. No que consiste esta relação? Creio estar reproduzindo corretamente a ideia mais corrente asseverando que tal relação consiste no fato do direito objetivo ser o pressuposto do direito subjetivo. A concretização de um direito somente é possível uma vez que estejam presentes os pressupostos dos quais extrai sua existência o direito abstrato. Segundo a doutrina predominante, tal vínculo contém todas as relações entre as duas formas de direito. O problema, entretanto, dessa concepção é sua unilateralidade, pois destaca apenas a dependência que o direito concreto apresenta em relação ao direito abstrato. Tal concepção omite o fato de que a relação de dependência em pauta se apresenta de maneira igualmente intensa no sentido oposto. Se o direito concreto ganha vida e energia procedente do direito abstrato, também a este as restitui. A essência do direito é concretização prática. Supondo que uma norma jurídica jamais tenha conquistado essa concretização, ou a haja perdido, tal norma não justifica mais esse nome. Terá se convertido em uma mola emperrada do mecanismo do direito, uma mola incapaz de concorrer para a operação do conjunto, podendo, assim, ser removida sem que isso

produza qualquer mudança. Isso que acabamos de afirmar se aplica sem ressalvas a todos os ramos do direito, quer o direito constitucional, o direito criminal, quer o privado. O direito romano sancionou explicitamente esse princípio ao reconhecer na *desuetudo* um dos móveis da superação das leis, a esta correspondendo a extinção dos direitos concretos por força de um longo desuso (*non usus*). Se, por um lado, a concretização do direito público, bem como do direito criminal, foi transformada em dever das autoridades do Estado, aquela do direito privado é constituída sob a forma de um direito das pessoas privadas, ou seja, foi deixada ao critério da iniciativa e atuação individual das pessoas. No primeiro caso, a concretização do jurídico está na dependência do cumprimento de um dever do qual estão encarregadas as autoridades e os funcionários públicos; no último, a concretização do direito depende da atuação das pessoas privadas, no sentido de o fazerem valer. Se ocorrer uma omissão generalizada e permanente dessas últimas em relação a quaisquer normas do direito, tal conduta sendo ocasionada por ignorância do próprio direito, por comodismo ou vileza, a norma jurídica será inutilizada. Por conseguinte, é-nos facultado afirmar que a realidade, a força prática dos princípios do direito privado, tem sua expressão quando se fazem valer os direitos concretos; do mesmo modo que estes extraem sua força da lei, a esta eles a restituem. A relação entre o direito objetivo ou abstrato e o direito subjetivo ou concreto é comparável à circulação sanguínea, que, partindo do coração, a este refluí.

A concretização das normas do direito público está subordinada à noção do dever da qual estejam imbuídos os funcionários públicos; quanto a do direito privado, está subordinada à força das motivações que impelem o sujeito do direito a afirmar o seu direito, ou sejam, o interesse e o sentimento do direito. No caso da falta dessas motivações, no caso de o sentimento do direito ser débil e embotado e o interesse não se mostrar suficientemente vigoroso

para vencer o comodismo, a aversão pela luta e o medo gerado pelo processo, a consequência pura e simples será a não aplicação da norma jurídica.

Mas... o que importa isso? – perguntarão. Só haverá um prejudicado: o próprio titular ou sujeito do direito. Retomo uma imagem da qual já fiz uso, aquela de um único homem que se esquivava à batalha. Quando mil homens lutam, ninguém percebe quando um se afasta. Entretanto, se algumas centenas de combatentes deixam suas posições, a situação daqueles que permanecem firmes em suas posições se tornará crescentemente difícil, uma vez que se verão forçados a suportar sozinhos e em menor número o ônus da refrega. Creio que essa imagem mostra fielmente o verdadeiro cerne da questão. É de se notar que também, no domínio do direito privado, sucede uma luta do direito que é travada contra a injustiça; trata-se de uma luta da comunidade, da qual participa toda a nação, requerendo a associação coesa de todos os indivíduos. Também aqui aquele que abandona sua posição na batalha trai a causa comum, por que, com isso, reforça o poder do inimigo, enriquecendo-o em agressividade e audácia. Toda vez que o arbítrio e a ilegalidade puderem soerguer a cabeça temerária e atrevidamente, teremos um sinal certo de que aqueles que tinham a tarefa de defender a lei deixaram de cumprir o seu dever. No terreno do direito privado, estamos todos convocados a ocupar postos na defesa da lei, cada um de nós sendo um atalaia e executor da lei no seu domínio particular. Aquele direito concreto que nos cabe pode perfeitamente ser considerado um poder que o Estado nos confere, o qual nos habilita como sujeitos do direito a afirmá-lo e expulsar a injustiça no âmbito do nosso círculo de interesses. Temos aqui um mandado restrito e condicionado, em contraposição ao imperativo amplo e incondicionado que é endereçado aos funcionários do Estado. Quem afirma o *seu* direito, defende, no interior do limitado espaço do mesmo, o *direito*. O interesse e as consequências desse seu comportamento, portanto,

ultrapassam em muito sua pessoa. O interesse geral, que se vincula a esse comportamento, não é simplesmente aquele ideal da manutenção da autoridade ou majestade da lei. Trata-se também de um interesse efetivo e incisivamente prático, por todos experimentado, inclusive por muitos que não minimamente capazes de captar o interesse ideal ao qual acabamos de nos referir – trata-se do interesse pelo zelo e preservação de uma ordem duradoura das relações interindividuais, que concerne a cada um de nós nesta ou naquela esfera. Quando o patrão não ousar mais impor o cumprimento das normas do trabalho; o credor não providenciar mais a penhora dos bens do devedor; o grosso dos compradores não mais exigir a precisão dos pesos e tarifas não estará apenas exposta ao risco a autoridade da lei: toda a organização da vida civil estará comprometida. É difícil mesmo dizer até que ponto irão os efeitos nefastos de uma tal situação. É bastante provável que todo o sistema de crédito ficasse seriamente abalado, pois, sempre que for necessário que me exponha à luta e lide visando afirmar o meu direito, farei tudo que esteja ao meu alcance para escapar a essa contingência: acontecerá de o meu capital emigrar para o estrangeiro e, quando se tratar de adquirir mercadorias, voltar-me-ei para os fornecedores de outro país.

Uma vez tais condições se imponham, os poucos homens que reunirem denodo para combater pela aplicação da lei se converterão em mártires. O pujante sentimento do direito de que se sentem detentores, o qual não admite que cedam espaço ao arbítrio, impeli-los-á a uma verdadeira maldição. Abandonados por aqueles que deveriam ser seus aliados naturais, ver-se-ão obrigados a enfrentar sozinhos uma enxurrada de transgressões da lei nutrida pela indolência e vileza gerais. E, finalmente, quando à expensas de onerosos sacrifícios lograrem atingir, pelo menos, o contentamento pela vitória de terem permanecido fiéis a si mesmos, restar-lhes-á suportar a ironia e a zombaria dos seus semelhantes. A responsabilidade por tal situação não cai sobre os ombros da parte

da população que transgride a lei, porém sobre aquela à qual falta coragem para lutar pelo seu acatamento. Quando o direito é banido do posto que lhe cabe, não é à injustiça que devemos culpar, mas ao direito que se submeteu a isso. Tivesse eu que classificar os preceitos “não pratique injustiças” e “não tolere quaisquer injustiças” do ponto de vista de sua relevância prática, daria primazia ao princípio “não tolere quaisquer injustiças”, pondo em segundo lugar o preceito “não pratique injustiças”. O fato é que, em função da própria natureza humana, o ser humano se sentirá barrado ao praticar uma injustiça mais pela certeza de uma oposição determinada do sujeito do direito do que por uma simples norma, visto que esta, uma vez deixada de lado a barreira imposta contra a transgressão, terá efetivamente apenas a força de um preceito moral.

Em erro incorreremos se, diante de tudo isso, asseverarmos que a defesa do direito concreto, quando for este ameaçado, não constitui somente um dever do respectivo sujeito do direito consigo mesmo como também para com a comunidade? E se reconhecermos a verdade do que acabo de indicar, ou seja, que, quando defende o *seu* direito, o sujeito deste defende adicionalmente a lei e, juntamente com esta, a ordem que é essencial à vida em comunidade, será que haverá ainda alguém que conteste que essa defesa representa, do ponto de vista da comunidade, um dever em relação a esta? Se pode a sociedade convocar o cidadão para o combate ao inimigo externo, um combate no qual este expõe a própria vida, cabendo a todos sem distinção proteger os interesses da comunidade contra o inimigo estrangeiro, não terá cabimento, e de maneira predominante, um dever semelhante no seio da própria pátria? Será que homens dotados de bravura e boa vontade não deverão se congregar e somar forças colimando a defesa contra o inimigo interno tal como agem combatendo o inimigo estrangeiro? Se consideramos que, no que respeita à luta externa, a fuga pusilânime é uma efetiva traição ao

interesse comum, será lícito pouparmos dessa condenação o desertor da luta interna? Não bastará para que a justiça e o direito vicejem em um país o mero fato de os juízes estarem prontos para julgar e a polícia pronta para sair no encalço dos criminosos; compete a cada um concorrer individualmente com seu quinhão para que isso se efetive. Todos estão envolvidos na tarefa e no dever de decepar a cabeça da hidra do arbítrio e da ilegalidade toda vez que ela ousar emergir de seu antro. Todo indivíduo que frui dos benefícios do direito deve também, de sua parte, contribuir para a manutenção do vigor e do prestígio da lei; em suma, todo indivíduo é um combatente que luta pelo direito no interesse da sociedade.

Ocioso dizer quanto tal concepção envolve de enobrecimento a tarefa de cada um de defender o seu direito. A postura unilateral do indivíduo, de cunho meramente receptivo em relação ao direito (que é sustentado pela teoria atual), é eliminada para que surja em seu lugar uma relação caracterizada pela reciprocidade, na qual o sujeito do direito restitui na totalidade o benefício a ele conferido pela lei. De acordo com minha concepção, é atribuída ao indivíduo essa forma de cooperação em uma magna tarefa nacional. Carece de importância o fato de o sujeito do direito compreendê-lo ou não. O elemento de grandeza e de sublimidade da ordem moral universal consiste precisamente no fato de que ela pode se fiar não apenas na colaboração daqueles que dela têm compreensão, como também está dotada de meios eficazes para captar a cooperação insciente e involuntária dos que carecem da compreensão de seus mandados. Para constranger os seres humanos ao matrimônio, esse ordenamento moral universal desencadeia em um o mais nobre dos impulsos humanos, em outro o prazer carnal mais grosseiro, em um terceiro a comodidade, em um quarto a cupidez; entretanto, todos esses motivos conduzem ao matrimônio. Assim, também no caso da luta pelo direito, um pode ser convocado para um posto na peleja por mero interesse, outro pela dor causada pela ofensa ao seu direito, um terceiro pelo sentimento do dever ou pela ideia do direito

enquanto tal, todos se dando as mãos para a obra comum, para a luta contra o arbítrio.

Nesse estágio, atingimos o fastígio do ideal da luta pelo direito. Partindo do motivo mesquinho do interesse, elevamo-nos ao ponto de vista da autopreservação moral da pessoa e, enfim, aportamos ao ponto de vista da colaboração do indivíduo na realização da ideia do direito no interesse da comunidade.

No *meu* direito é violado e negado, é defendido, afirmado e restaurado o *direito*. Que excelso significado conquista com isso a luta do sujeito pelo seu direito! Quão flagrantemente abaixo das alturas desse interesse ideal – uma vez que geral – pelo direito se acha a esfera do puramente individual, o domínio dos interesses, dos propósitos e das paixões individuais, nos quais o ignorante encontra os únicos estímulos das lides jurídicas.

Mas essas alturas – dirão alguns – são tão elevadas que só são perceptíveis ao filósofo do direito; ninguém se envolve em uma demanda pela ideia do direito. Visando refutar essa afirmação, posso recorrer ao direito romano, no qual a manifestação prática desse sentido ideal é atingida da maneira mais evidente no instituto das ações populares.³⁵ Porém, cometeríamos uma injustiça com o presente se desejássemos lhe negar esse sentido ideal. Aquele que, assistindo a uma violação do direito por ação do arbítrio, agitado pela ira, experimenta indignação, possui esse sentido ideal, pois, enquanto no sentimento suscitado por uma violação do direito pessoal se mescla um elemento egoístico, aquele outro sentimento, suscitado pela agressão a qualquer direito, tem sua origem exclusivamente na força moral da ideia do direito sobre o coração humano; é o protesto do vigoroso caráter moral contra o ultraje do direito, o testemunho mais belo e comovente que o sentimento do direito pode expressar; trata-se de um processo ético tão atraente e produtivo às considerações do psicólogo quanto inspirador para a criatividade do poeta. Ao que me parece, não há outro efeito capaz de suscitar, de improviso, uma transformação tão poderosa no ser

humano, visto que se sabe que precisamente os indivíduos de natureza mais meiga e conciliadora podem ser levados a um estado emocional inteiramente estranho à índole que os caracteriza – uma demonstração do fato de terem sido atingidos no mais nobre de seu íntimo, no âmago de seu ser. É o fenômeno da tormenta no mundo moral: sublime, majestosa nas suas formas, dado o seu caráter súbito, devido ao imediato e à violência do seu irromper, pela atuação tempestuosa da força moral e elementar que tudo esquece e tudo abate diante de si; e que, ao mesmo tempo, concilia e edifica mediante os seus impulsos e ações, como uma autêntica purificação moral da atmosfera, quer para o indivíduo, quer para o mundo. Mas, naturalmente, quando a força limitada do indivíduo se agita contra as instituições que oferecem ao arbítrio um respaldo que é negado ao direito, então a tempestade se volta contra o seu próprio promotor, e a sorte que aguarda esse indivíduo será a do criminoso que transgrediu a lei devido ao sentimento do direito agredido (do que me ocuparei na sequência) ou aquela, não menos trágica, de se assistir a um definhamento moral ou se ver atingido pela perda da fé no direito, efeito produzido pelo ferrão cravado no coração pela injustiça que teve de encarar impotentemente.

Ora, esse sentido ideal do direito do indivíduo humano, o qual experimenta o ultraje e a ofensa à ideia do direito de modo mais vivo do que a ofensa pessoal e sem qualquer interesse próprio, toma para si a causa do direito oprimido como se fosse o seu direito, quiçá represente uma forma de idealismo que constitui o privilégio de naturezas mais nobremente dotadas. Resta admitir, todavia, que também o sentimento do direito frio, despojado do entusiasmo do ideal, que ante a injustiça sente somente a si mesmo, detém total compreensão daquela relação por mim indicada, a saber, entre o direito concreto e a lei e que se acha expresso na sentença “meu direito é o *direito*” – uma vez é aquele lesado, é este também agredido; ao defender o primeiro, o segundo é resguardado por mim. Ainda que pareça um paradoxo, é, contudo, verdadeiro o fato

de precisamente entre os juristas esse tipo de concepção não ser muito corrente. Para os juristas, a peleja pelo direito concreto não envolve a lei; a disputa não gira em torno da lei abstrata, mas em torno de sua encarnação sob a forma desse direito concreto, em certa medida sua projeção, na qual a mesma está apenas fixada sem que ela própria possa ser diretamente golpeada. Admito a necessidade técnico-jurídica de tal concepção, mas essa admissão não pode impedir o reconhecimento da legitimidade da concepção oposta, a qual coloca a lei no mesmo plano do direito concreto e, assim, vê na ameaça a este uma ameaça simultânea à primeira. A segunda concepção se aproxima muito mais do que a primeira do sentimento singelo do direito. A melhor prova disso é oferecida pela expressão designadora quer no alemão quer no latim. Entre nós, no caso de uma ação, diz-se que o demandante *invoca a lei*,³⁶ enquanto o romano definia a demanda como *legis actio*. A própria lei é posta em questão. Aquilo sobre o qual deve haver uma decisão no caso concreto é um litígio em torno da lei. Trata-se de uma concepção detentora de máxima importância mormente para se compreender o antigo processo romano das *legis actiones*.³⁷ À luz de tal ideia, por conseguinte, a luta pelo direito subjetivo é também uma luta pela lei. No litígio, não se trata simplesmente do interesse do sujeito do direito, de uma relação singular na qual a lei está corporificada, ou, conforme acabo de definir, um reflexo no qual um fugaz raio luminoso é capturado e fixado e pode se desfazer e ser destruído sem que seja atingida a própria lei, mas foi a lei atingida e pisoteada. A lei, sob pena de ser um jogo vão e uma palavra vazia, não pode deixar de se afirmar. Presencia-se com a capitulação do direito daquele que é lesado o desmoronamento da própria lei.

Já mostrei como essa concepção, que desejo definir sumariamente como solidariedade da lei com o direito concreto, compreende e reflete a relação entre os dois no seu fundamento mais profundo. Entretanto, não é essa profundidade tal tão velada a ponto de impossibilitar seu acesso ao puro e simples egoísmo, o

qual é insensível a qualquer interpretação ou concepção mais elevada; pelo contrário, é precisamente o egoísmo que, talvez, tenha uma visão mais aguda para ela visto que, para ele, constitui uma vantagem envolver o Estado como aliado nas suas disputas. E, assim, ainda que o ignorando e não o desejando, transcende a si mesmo e ao seu direito até aquelas alturas nas quais o sujeito do direito se torna representante da lei. A verdade se mantém verdade ainda que o sujeito do direito a conheça e defenda sob o ângulo estreito do seu próprio interesse. São o ódio e o desejo de vingança que conduzem Shylock ante o tribunal para arrancar do corpo de Antonio a sua libra de carne; contudo, as palavras que o poeta faz com que ele pronuncie são tão verazes em seus lábios como em quaisquer outros. Trata-se da linguagem que o sentimento do direito ofendido usará sempre em todos os lugares e em todos os tempos; a força, a firmeza da convicção de que o direito se manterá sempre como o direito; é o ímpeto e a paixão de um homem que está consciente do fato de que, no caso da causa pela qual luta, não se tratar somente de sua pessoa, mas da lei. Shakespeare o faz dizer:

A libra de carne que dele exijo

Foi comprada por caro preço, É minha e desejo tê-la.

Se me a negais, Vergonhoso será para a vossa lei!

Pois a lei de Veneza carecerá de força.

Eu invoco a lei

Fundando minha reivindicação

No título que apresento.³⁸

Eu invoco a lei. Com essas quatro palavras, o poeta definiu a verdadeira relação do direito no sentido subjetivo com o direito no sentido objetivo, além de definir a importância da luta pelo direito de modo que nenhum filósofo do direito conseguiu fazer de maneira mais eficaz. Mediante essas palavras, a causa deixou de ser uma reivindicação de direito de Shylock para se tornar uma questão que concerne ao direito de Veneza. Quão poderosa e quão colossal se

apresenta a figura desse homem quando pronuncia essas palavras! Não é mais o judeu que exige sua libra de carne; é a própria lei de Veneza que bate à porta do tribunal uma vez que o *seu direito* e o direito de Veneza constituem uma única coisa; com a queda do primeiro, desmorona o segundo. E se, depois ele próprio vai ao chão sob o peso da sentença do juiz, que frustra o seu direito mediante um torpe ardil;³⁹ quando perseguido pela mais amarga ironia, abatido e vergado pela fadiga ele vacila com os joelhos trêmulos, dificilmente haverá alguém que não seja capaz de sentir que em sua pessoa foi transgredido o próprio direito de Veneza, que não é o judeu Shylock que recua, derrotado e humilhado, típica figura do judeu da Idade Média, pária da sociedade que clama debalde pelo seu direito. A intensa tragicidade da sua sorte não consiste no fato de lhe ser o direito negado, mas no fato de ele, um judeu da Idade Média, *ter fé no direito* – estaríamos tentados a dizer, *como se fosse um cristão*! Uma fé inabalável como a rocha, uma fé que ninguém pode desviar e alimentada pelo próprio juiz; até que, tal como a inclemência de um temporal, a catástrofe se lhe abate sobre a cabeça, catástrofe que o arranca de um domínio povoado de ilusões para lhe ensinar que ele não passa do judeu desprezado da Idade Média, um proscrito ao qual se concede o seu direito em um momento para no outro dele defraudá-lo, enganando-o.

A imagem de Shylock me traz à mente outra figura, que é aquela não menos histórica do que poética de Michael Kohlhaas, que Heinrich von Kleist descreveu com autenticidade tocante no romance homônimo.⁴⁰ Shylock se afasta cabisbaixo, extenuado, tendo sua força sido dissolvida; ele se ajusta sem resistência à sentença do juiz. Michael Kohlhaas age diversamente. Após ter esgotado todos os meios para fazer valer o seu direito agredido da forma mais bárbara, depois que um ato de ultrajante *justiça* de gabinete⁴¹ lhe obstou a via do direito e depois que a justiça do mais alto representante desta, o soberano, manifestou-se abertamente a favor da injustiça, ele foi invadido por uma dor infinita devido à

infâmia que lhe fora lançada ao rosto. “Se devo deixar-me pisotear, melhor ser um cão do que um homem!”, ele exclama e sua decisão é inabalável: “Quem me nega a proteção da lei me impele para as regiões ermas habitadas por selvagens e põe em minhas mãos a arma que irá me proteger.”. Toma a espada conspurcada das mãos de uma justiça corruptível e a brande de tal modo que medo e terror se difundem pelo país; faz vacilar os alicerces podres do edifício do Estado e leva o Príncipe a tremer no trono. Mas não é o sentimento selvagem da vingança que o anima; não se converte em ladrão e homicida como Karl Moor, que “desejaria trombetear por toda a natureza o som da rebelião, que desejaria conduzir céu, terra e mar de encontro ao bando de hienas”⁴² e que, pelo direito agredido, declara guerra a toda a humanidade; é, ao contrário, uma ideia moral o que o impulsiona, a ideia de que “ele tinha ante o mundo o dever de reivindicar com todas as suas forças que a justiça fosse efetivada pelos danos sofridos, inclusive em vista da futura segurança dos seus concidadãos.” A isso ele tudo sacrifica: a felicidade de sua família, o seu nome honrado, seus bens e a própria vida e não desencadeia uma guerra aniquiladora sem propósitos, mas a dirige exclusivamente contra os culpados e todos aqueles que com estes últimos compuseram causa comum. E mal se abre a ele a perspectiva de atingir a realização de seu direito, depõe ele espontaneamente as armas. Entretanto, parece que esse homem estava fadado a constituir um exemplo da envergadura da infâmia, da ausência da honra e da denegação de justiça das quais aquela época era capaz, pois, recusados o salvo conduto e a anistia prometidos, finda ele sua existência no patíbulo. Porém, antes disso, seu direito é restaurado, e o pensamento de que não combateu em vão, de que novamente honrou o direito, de que afirmou sua dignidade de homem, guinda-o acima do temor da morte; reconciliado consigo mesmo, com o mundo e com Deus, acompanha, imperturbável, os passos do verdugo. A quantas reflexões não nos conduz este drama do direito! Um homem

honesto e bom afetuosamente ligado à sua família, imbuído de religiosidade pura, torna-se um Átila, que, utilizando fogo e espada, arrasa a habitação na qual seu inimigo se refugiara. E devido a que ele nisso se transforma? Devido àquele seu traço distintivo que, do ponto de vista moral, o posiciona tão acima de seus adversários que, finalmente, estes sobre ele triunfam; graças ao seu grande respeito pelo direito, à sua fé no cunho sagrado do direito, graças à força ativa do seu sentimento do direito puro e sadio. E é exatamente isso que serve de fundamento ao sentido trágico profundamente comovente da sua sorte; aquilo que de nobre era saliente em sua natureza, o ímpeto ideal do seu sentimento do direito, a devoção heróica, que tudo sacrifica e a tudo renuncia à ideia do direito, no contato com as misérias do mundo de então, no entrechoque com a arrogância dos grandes e dos poderosos, com a omissão do próprio dever e com a vileza e a prevaricação dos juízes, acabam por arruiná-lo. O que foi por ele cometido recai, com força duplicada e triplicada sobre o soberano, seus funcionários e juízes, que o constrangeram a substituir o caminho do direito por aquele da ilegalidade. Nenhum crime praticado pelo ser humano, por maior gravidade que apresente, atinge, ainda que remotamente, ao menos do prisma da singeleza do sentimento moral, aquele exercido pela autoridade que, investida de suas funções por Deus, transgredir a própria o direito. O assassinio da justiça, como tão bem designa a nossa língua,⁴³ constitui o verdadeiro pecado mortal do direito. O guardião e sentinela da lei se transforma em seu assassino; é o médico que envenena o enfermo, o tutor que estrangula o tutelado. Na antiga Roma o juiz corrupto era punido com a pena de morte. Para a justiça transgressora do direito não há demandante mais destrutivo do que aquele corporificado pela figura do homem cujo sentimento do direito lesado converte em criminoso. É a sombra sanguinolenta da mesma. A vítima de uma justiça venal ou parcial é quase banida violentamente da senda do direito; passa a ser vingador e executor pelas próprias mãos do seu direito e, não

raro, indo além do fim imediato, torna-se um inimigo implacável da sociedade, um ladrão e um assassino. Mas também aquele que, como Michael Kohlhaas, cuja elevada estatura moral o resguarda desse tipo de desvio, transforma-se em um criminoso e, suportando a punição reservada a este último, converte-se em um mártir do seu sentimento do direito. Diz-se que o sangue dos mártires não é vertido em vão e no seu caso é possível revelar-se isso verdadeiro e sua sombra que serve de advertência possa ser bem-sucedida impossibilitando por muito tempo uma transgressão do direito análoga àquela da qual ele foi vítima.

Se eu, de minha parte, evoquei essa sombra, foi para demonstrar mediante um exemplo tocante a que desvios o sentimento do direito está sujeito, mormente aquele que se mostra intenso e idealista, em situações nas quais a imperfeição das instituições jurídicas lhe negam satisfação.⁴⁴ Nesse caso, a luta em favor da lei se converte em uma luta *contra a lei*. O sentimento do direito, tornado órfão pelo poder que deveria protegê-lo, abandona, por sua vez, o domínio da lei e busca, contando somente consigo mesmo, obter aquilo que a incompreensão, a má vontade e a impotência lhe recusam. E, em verdade, não são apenas algumas naturezas individuais particularmente vigorosas ou dotadas de pendor para a violência que dão guarida ao sentimento do direito nacional, suscitando a acusação e o protesto deste sentimento contra tal situação no domínio do direito. Também essa acusação e esse protesto são expressos, por vezes, por toda uma população, por meio de certas manifestações que, em função de seu propósito ou da maneira segundo a qual o povo ou uma classe em particular os encara e os aplica, podem ser tidas como sucedâneas e complementares às instituições do Estado. À guisa de exemplo dessas manifestações, podemos indicar na Idade Média as cortes vêmicas e o direito de desforra privada, importantes testemunhos da impotência ou da parcialidade das cortes penais daquele tempo e da falta de poder do Estado. Presentemente, temos o instituto do duelo, que demonstra

efetivamente que as penas cominadas pelo Estado no caso de ofensas à honra não satisfazem o sensível sentimento de honra de certas classes sociais. Igualmente entre essas manifestações encontramos a *vendetta* sanguinária dos habitantes da Córsega e a justiça popular da América do Norte, a saber, a lei do linchamento.⁴⁵ Todas essas manifestações mostram que não há harmonização entre as instituições do Estado e o sentimento do direito do povo ou de uma classe; de um modo ou de outro contêm uma censura ao Estado, que as torna necessárias ou as tolera. Para o indivíduo – embora a lei de fato as proíba, ainda que não esteja em condição de reprimi-las –, tais manifestações se tornam a origem de um grave conflito. O corso que, em observância da ordem do Estado, abstém-se da *vendetta* sanguinolenta, é menosprezado pelos seus concidadãos; aquele que, sob a pressão das concepções populares acerca do direito, acata a estas, submete-se ao braço vingador da justiça. O mesmo ocorre no caso do nosso duelo. Aquele que, envolvido em situações que tornam o duelo um dever de honra, recusa-se a duelar, vê sua honra manchada; aquele que duela, é punido – situação que se revela igualmente penosa quer para a pessoa afetada, quer para o juiz. Será em vão que procuraremos na antiga Roma fenômenos análogos: lá as instituições do Estado e o sentimento do direito nacional se encontravam em perfeito acordo.

CAPÍTULO

V

Assim, encerro minhas considerações relativas à luta do indivíduo pelo seu direito. Acompanhamos na gama de motivos que a incitam do mais inferior, do puro cálculo de interesses, chegando até aquele mais ideal da afirmação da personalidade e das condições éticas de sua vida, para, enfim, atingirmos, por último, o prisma da concretização da ideia de justiça, que representa um cimo muito elevado, do qual qualquer passo em falso faz precipitar aquele que se transforma em criminoso, devido a um sentimento do direito agredido, no abismo da ilegalidade.

Mas o interesse dessa luta não está restrito ao direito privado ou à vida privada, indo, pelo contrário, muito além destes. Essencialmente, uma nação não é outra coisa senão a soma de todos os indivíduos particulares, e como os indivíduos particulares sentem, pensam, agem, assim sente, pensa e age a nação. Se o sentimento do direito dos indivíduos nas relações do direito privado se mostra embotado, vil, apático; se, diante de obstáculos gerados por leis injustas ou más instituições, ele não encontra ensejo para o livre e vigoroso desenvolvimento; se é vitimado pela perseguição onde poder-se-ia esperar que contasse com apoio e fomento; se se habitua, portanto, a tolerar a injustiça e encará-la como algo que não é possível mudar – toda vez que predominarem essas condições, será muito difícil encontrar quem creia que tal sentimento do direito, escravizado, atrofiado e apático possa de imediato despertar uma sensibilidade intensa e uma ação enérgica, quando posicionado ante uma violação ao direito, que atinja não o indivíduo, mas todo o povo (tal como um atentado à sua liberdade política, a violação ou

aniquilamento de sua constituição ou ainda um ataque de inimigo externo). Como esperar que aquele que não está acostumado a defender corajosamente o seu próprio direito empenhe espontaneamente a própria vida e seus bens pelo direito da comunidade? Quando o indivíduo não manifesta entendimento pelo dano sofrido no plano ideal, assacado contra sua honra e sua personalidade, toda vez que esse indivíduo abrir mão de seu direito movido por covardia ou comodismo; toda vez que for seu costume aquilatar as questões do direito somente mediante o referencial do interesse material, não é de se supor que adote outro referencial ou nutra um sentimento diverso ao se tratar do direito e da honra da nação. De que forma surgir da noite para o dia uma vocação idealista da qual havia carência antes? Não há como! O lutador a favor do direito do Estado e da nação não é outra pessoa senão o lutador que pugna pelo direito privado. As mesmas qualidades que se destacaram neste último o acompanham também na luta pela liberdade civil e contra o inimigo externo. A semente que foi lançada no terreno do direito privado frutifica no direito público e no direito internacional. Nas coisas menos importantes do direito privado, nas mínimas e ínfimas relações da existência deve se moldar e acumular, gota a gota, o capital moral do qual tem necessidade o Estado para possibilitar seu funcionamento em grande escala e atingir seus magnos objetivos. O direito privado e não o público é a verdadeira escola de educação política dos povos e se é desejável saber como um povo, em caso de necessidade, defenderá seus direitos políticos e sua posição no direito internacional, basta ver como o membro individual na vida privada defende o seu direito. Já citei o exemplo do inglês ao qual compraz a luta e aqui me limito a repetir o que anteriormente disse: no pouco dinheiro pelo qual ele inicia uma polêmica está encerrado o desenvolvimento político da Inglaterra. Ninguém se atreverá a surrupiar dos seus valores mais elevados um povo junto ao qual se difundiu o costume de cada um de seus integrantes defender valorosamente o seu direito, inclusive

no que toca às coisas modestas e mínimas. Portanto, não é de se estranhar que o mesmo povo da Antiguidade que foi capaz de exibir o mais expressivo desenvolvimento político interno e a maior força de expansão para o exterior, a saber, o povo romano, detivesse, simultaneamente, o mais aprimorado direito privado. Ainda que possa parecer paradoxal, direito é idealismo. Não se trata, por certo, do idealismo da fantasia, mas daquele do caráter, quer dizer, do homem que percebe em si mesmo uma finalidade e tudo relega a segundo plano ao ser agredido no cerne de sua personalidade. De quem possa partir este ataque aos seus direitos – de um indivíduo, do próprio governo, de um povo estrangeiro –, que importância tem isso? O que é decisivo, pela resistência que opõe ele a essas agressões, não é a pessoa da qual se origina a agressão, mas a intensidade do seu sentimento do direito, a força moral com a qual o indivíduo costuma se afirmar. Assim, é perenemente verdadeiro o princípio segundo o qual a posição política de um povo, seja quanto aos assuntos internos, seja quanto aos externos, corresponde sempre à sua força moral. O Império do Centro,⁴⁶ dotado do seu bambu e da chibata reservada às crianças adultas, a despeito das centenas de milhões de habitantes que o ocupam, jamais conquistará, diante das nações estrangeiras, a estimada posição da pequena Suíça. Decerto que, do ponto de vista da arte e da poesia, o caráter dos suíços pode ser tudo menos idealista; é simples, prático como aquele dos romanos. Entretanto, na acepção em que utilizei até agora o termo *ideal* ao me referir ao direito, ajusta-se ela ao suíço tanto quanto ao inglês.

Esse idealismo do sadio sentimento do direito minaria seus próprios fundamentos caso se restringisse a defender simplesmente o direito do indivíduo sem ser cioso da salvaguarda do direito e dos ordenamentos. Sabe o indivíduo muito bem que do mesmo modo que no *seu* direito protege o *direito*, neste protege o direito do indivíduo, que é o seu. Em uma comunidade na qual essa disposição detentora de um sentido propício à rigorosa legalidade é

dominante, buscar-se-á em vão os eventos lamentáveis, tão frequentes alhures, como, por exemplo, ao que assistimos nas ocasiões em que a autoridade persegue ou prende o criminoso ou o infrator da lei e o povo se põe do lado deste último, exprimindo com essa atitude que vê no poder do Estado o adversário natural do povo. Nesse caso, estão todos cientes de que a causa do direito é a sua causa. O criminoso somente é merecedor da simpatia de outro criminoso, e não do homem honrado; seria de se esperar que este último, pelo contrário, dispusesse-se a colaborar com a polícia e a autoridade.

Creio ser dispensável formular a conclusão do que foi até agora dito. Trata-se do princípio simples segundo o qual, se um Estado quer ser respeitado no estrangeiro e assegurar internamente uma situação firme e estável, deverá cultivar como o bem mais precioso o sentimento do direito nacional. Essa preocupação é um dos misteres mais elevados e importantes da pedagogia política. No são e vigoroso sentimento do direito de cada cidadão, tem o Estado a fonte mais generosa e fecunda de sua força, a garantia mais confiável de sua preservação tanto no que respeita ao exterior quanto ao que toca aos seus negócios internos. O sentimento do direito é como a raiz da árvore; se a raiz não é boa, se seca no terreno pedregoso ou naquele arenoso, todo o resto não passa de uma ilusão: com a chegada da tempestade, a árvore será arrancada. Sucede que o tronco e a copa da árvore são visíveis, ao passo que as raízes estão mergulhadas na terra e escapam ao olhar. A influência maléfica que leis injustas e maus ordenamentos jurídicos exercem sobre a força moral de um povo atua sob o solo, naquelas regiões que o diletante em matéria de política julga indignas de seu estudo; para este, tudo depende simplesmente da copa de belo aspecto; nenhuma suspeita lhe vem da presença do veneno que da raiz é transmitido à copa. Contudo, o despotismo sabe onde deve atacar a fim de causar a queda da árvore, o que inicialmente deixa ileso a copa, mas destrói as raízes. O despotismo

sempre principia por desferir ataques ao direito privado, com o menoscabo do indivíduo; uma vez aqui efetuado o seu trabalho, a árvore cairá por si mesma. Eis a razão por que é necessário a isso se opor antes de qualquer outra coisa. Os romanos sabiam demasiado bem o que faziam quando puseram fim a um reinado e a um decenvirato tendo como motivo os atentados à castidade e à honra feminina. Aniquilar o sentimento de liberdade e confiança dos camponeses por meio de ônus e trabalhos forçados, colocar o cidadão sob a tutela da polícia, vincular qualquer permissão de viagem à concessão de um passaporte, impor tributos ao bel-prazer... nem o próprio Maquiavel seria capaz de apresentar melhor fórmula para destruir todo sentimento de confiança e toda força moral de um povo e para assegurar ao despotismo o ingresso no poder sem se deparar com qualquer resistência. Ninguém, decerto, percebe que a mesma porta pela qual passam o despotismo e o arbítrio permanece aberta também para o inimigo externo. É só quando o inimigo já foi além do limiar que os sábios da política compreendem tardiamente que a força moral e o sentimento do direito de um povo poderiam ter constituído a mais funcional arma defensiva contra o inimigo externo. No mesmo tempo em que o camponês e o cidadão eram objeto do arbítrio feudal e absolutista, o Império perdia a Lorena e a Alsácia: como podiam os seus habitantes e concidadãos sentir pelo Império o que haviam desaprendido de sentir por si mesmos!

Mas a culpa é nossa se aprendemos as lições da História somente quando já é tarde demais. Não é devido à História que não as captamos a tempo já que ela ministra suas lições com clareza e nitidez. A força de um povo equivale à força do seu sentimento do direito; o cuidado pelo sentimento do direito nacional é o cuidado pela saúde e pela força do Estado. Quando falo de cuidado, obviamente não quero dizer aquele teórico ensinado nas escolas, mas a realização prática dos princípios da justiça em todas as relações da vida, o que não se granjeia unicamente com o

mecanismo externo do direito. Ele pode ser instituído e manejado de forma tão perfeita a ponto de conduzir o mais elevado grau de ordenamento e, no entanto, a instância que acabo de mencionar poderia ser desprezada da maneira mais conspícua. A servidão da gleba também era lei e ordenamento; também o eram as taxas para proteção impostas aos judeus e tantas outras normas e instituições de tempos remotos, que efetivavam a mais incisiva contradição com os requisitos de um sentimento do direito sadio e vigoroso, e, por meio de tais normas e instituições, o Estado talvez prejudicasse mais a si mesmo do que aos cidadãos, camponeses e judeus diretamente atingidos. Solidez, clareza, determinação do direito material, abolição de todos os princípios contra os quais possa se chocar um sadio sentimento do direito, em todas as esferas do direito, não simplesmente do direito privado, bem como também na esfera da polícia, da administração, da legislação aplicada às finanças; independência dos tribunais, aperfeiçoamento na medida do possível das instituições processuais – eis o caminho obrigatório para o Estado se quiser desenvolver plenamente o sentimento do direito dos seus membros e, portanto, a sua própria força. Toda disposição injusta, e como tal notada pelo povo, ou toda instituição odiosa, constitui uma danificação do sentimento do direito nacional e, por conseguinte, da força nacional; representa uma falta cometida contra a ideia do direito, que repercute pelo próprio Estado e a qual, ele mesmo, amiúde, tem que pagar a um alto preço e com juros compostos – há circunstâncias nas quais pode lhe custar uma província inteira! É evidente que não partilho da opinião de que o Estado deva evitar essas faltas tendo em vista apenas essa utilidade. Considero, antes, como seu dever mais sagrado realizar essa ideia por ela mesma. Entretanto, talvez eu incorra aqui em um idealismo doutrinário e não desejo censurar o político prático e o homem de Estado se olharem tal pretensão com um dar de ombros. Porém, exatamente por isso, frisei o lado prático da questão para que eles tenham disso completa compreensão. A ideia do direito e o

interesse do Estado caminham nesse ponto de mãos dadas. Em longo prazo, um mau ordenamento jurídico é incompatível com um sentimento sadio do direito – este último acaba por embotar, definhar e se atrofiar. Porque a essência do direito – o que muitas vezes já foi percebido – é a ação, aquilo que o ar representa para a chama, a ação livre representa para o sentimento do direito: tolhê-la ou circunscrevê-la significa sufocá-la.

CAPÍTULO

VI

Poderia, neste ponto, encerrar meu trabalho, visto estar meu tema esgotado. Peço, todavia, ao leitor a gentileza de me conceder ainda sua atenção para um problema estreitamente ligado ao objeto deste texto. Eis o problema: até que ponto o nosso direito romano atual ou, mais precisamente, o direito romano comum de nossos dias, que é o único a respeito do qual posso aventar um juízo, corresponde às exigências por mim desenvolvidas até aqui. Não hesito em responder negativamente, imbuído de total decisão, a esse problema. Tal direito romano comum hodierno permanece muito aquém das exigências legítimas de um sadio sentimento do direito e, em verdade, não apenas porque aqui ou ali não haja descoberto a solução certa, como também porque é dominado em toda sua extensão por uma concepção diametralmente oposta a tudo aquilo que, conforme foi por mim exposto anteriormente, exprime a essência do sentimento do direito sadio; minha alusão é àquele idealismo que, na violação do direito, não contempla simplesmente um ataque ao objeto, mas à própria pessoa. O nosso direito comum não oferece sequer o mínimo apoio a esse idealismo. O critério de avaliação mediante o qual este valora todas as transgressões ao direito – salvo as ofensas à honra – é simplesmente o do valor material: nele encontrou sua expressão o materialismo mais prosaico e tacanho.

Entretanto, quando se trata do meu e do seu, ou seja, do patrimonial, o que pode oferecer o direito à parte ofendida senão o objeto do litígio ou a importância que lhe corresponda?⁴⁷ Se isso fosse justo, então se poderia libertar o ladrão logo que ele

restituísse a coisa roubada. Mas o ladrão, objeta-se, comete uma falta não apenas contra a vítima do roubo, mas também contra a lei do Estado, contra o ordenamento jurídico e contra a norma moral. Não o faz, talvez, o devedor que, ciente e maliciosamente, questiona o empréstimo já obtido, ou o vendedor, o locador que rompem o contrato, o mandatário que abusa da confiança que nele teve a ponto de se locupletar às minhas expensas? Constitui, talvez, uma satisfação para o meu sentimento do direito ofendido se, após uma longa luta, não obtenho dessas pessoas nada mais do que aquilo que já me pertencia desde o início? Porém, prescindindo inteiramente dessa exigência de satisfação, que não hesito em reconhecer como legítima, que deslocamento do equilíbrio natural entre as duas partes! O perigo que ameaça uma ou outra parte no caso do desfecho *desfavorável* do processo, em primeiro lugar consiste na perda do que lhe pertence, acarretando para a outra apenas a devolução daquilo de que se apoderou injustamente; a vantagem do desfecho *favorável* da demanda consistirá somente na inexistência de prejuízo para uma das partes, enquanto para a outra consistirá em um enriquecimento às expensas da parte adversária. Não estaremos com isso estimulando o logro despudorado e premiando a perpetração da deslealdade? De fato, dessa forma me limitei a definir o nosso direito atual.

Podemos atribuir a responsabilidade disso ao direito romano?

Nesse sentido, distingo três níveis de desenvolvimento do mesmo, sendo o primeiro aquele do sentimento do direito na sua veemência, ainda totalmente privado de moderação, não detentor de autocontrole, típico do direito mais antigo; o segundo é aquele da força moderada do mesmo, típico do direito da época intermediária; o terceiro é o do enfraquecimento e da atrofia do sentimento do direito, típico da época imperial mais tardia, presente particularmente no direito justiniano.

Acerca da forma que a matéria assume no nível de desenvolvimento mais inferior, disso já tratei e foram publicadas

pesquisas a respeito,⁴⁸ cujos resultados aqui sintetizarei em poucas palavras. O hipersensível sentimento do direito da época mais antiga concebe toda violação ou contestação do próprio direito sob o prisma da injustiça subjetiva, sem considerar a inocência ou o grau de culpa do infrator, exigindo assim uma expiação igualmente do inocente e do culpado. Aquele que questiona a culpa evidente (*nexum*) ou o dano material por ele causado à parte adversária, no caso de perder o litígio, paga o dobro; do mesmo modo, deve pagar o dobro aquele que no processo de reivindicação tenha, na condição de possuidor, auferido benefícios, enquanto, além disso, fica sujeito (devido à sucumbência na questão principal) à perda da quantia em dinheiro que serve de caução no processo (*sacramentum*). A mesma pena atinge o demandante quando este perde o processo, uma vez que pretendeu se apossar de um bem alheio. Aquele que incorre em qualquer equívoco, por menor que o seja, correspondente ao montante da dívida reivindicada na demanda – mesmo que nos demais aspectos a pretensão tenha fundamento –, perde inteiramente o seu direito.⁴⁹

Muitas dessas instituições e normas do direito antigo se transferiram para a época subsequente (a intermediária), porém, as novas criações autônomas do direito têm um espírito completamente distinto.⁵⁰ Pode-se caracterizar esse espírito mediante uma só frase: instituição e aplicação do critério do grau da culpabilidade a todas as relações do direito privado. A injustiça objetiva e a subjetiva são rigorosamente distintas: a primeira requer a simples restituição do objeto devido; a segunda, além disso, exige também uma pena, ora uma pena pecuniária, ora o estigma da ignomínia, e, precisamente, essa manutenção da pena dentro dos justos limites constitui um dos conceitos mais acertados do direito romano da época intermediária. O romano não queria que um depositário que houvesse cometido a deslealdade de negar o depósito ou dele se apoderar ilegalmente, que um mandatário ou tutor que tivesse utilizado sua posição de confiança em proveito

próprio ou tivesse conscientemente descurado do seu dever, pudessem se remir com a mera devolução da coisa ou com o mero ressarcimento do dano, no sentido de que o romano exigia, ademais, uma punição, antes de tudo, a título de satisfação do sentimento do direito ofendido e, também, com o objetivo de demover outros de maldades similares. Entre as penas que eram aplicadas se destacava a infâmia – uma das punições mais temíveis que se poderia imaginar no tocante às relações dos romanos, já que comportava, além da proscrição social, a perda de todos os direitos políticos, ou seja, a morte política. A punição mediante o estigma da infâmia era aplicada toda vez que era possível caracterizar uma violação do direito como particularmente pérfida ou perversa. A esta se somavam as penas patrimoniais, das quais se fazia uso muito mais amplo do que entre nós. Para quem, no caso de uma causa injusta, suscitava ou movia pessoalmente um processo, havia todo um arsenal de tais meios de constrição prontos para serem acionados. Principiavam por frações do valor do objeto em questão ($1/10$, $1/5$, $1/4$, $1/3$) e aumentavam até a multiplicidade do valor do mesmo e, em certas situações, nas quais não era possível conter a obstinação da parte adversária, as penas pecuniárias ascendiam ao infinito, isto é, até atingir um ponto em que o demandante, sob juramento, considerava justa satisfação o valor fixado. Havia, em particular, duas instituições processuais, que apresentavam ao acusado a alternativa de se abster de sua ação arriscada sem ulteriores consequências danosas ou se arriscar ao perigo de ser reconhecido como culpado de uma transgressão consciente da lei, resultando em sua punição por meio dos interditos proibitórios do pretor ou das *actiones arbitrarie*. Caso não cumprisse as disposições do magistrado ou do juiz, incorria em uma desobediência, insubordinação e, nessas circunstâncias, era colocado em jogo não simplesmente o direito do demandante, como também a própria lei encarnada na autoridade daqueles que a representavam, sendo que o desacato à lei impunha um desagravo,

que era a aplicação de penas pecuniárias que resultavam em benefício do demandante.

O objetivo de todas essas penas era idêntico àquele da pena do direito criminal, ou seja, acima de tudo, o objetivo puramente prático de assegurar os interesses da vida privada inclusive no que tocava a violações que não se enquadrassem no conceito de delito; em segundo lugar, havia também o propósito ético de prestar satisfação ao sentimento do direito ofendido, recuperar a honorabilidade da autoridade da lei violada. O direito, portanto, nesse caso, não era um fim em si mesmo, mas tão só um meio de atingir um objetivo.⁵¹

A meu ver, esse aspecto do problema pôde contar com uma solução exemplar no direito romano intermediário. Muito equidistante tanto do extremo do direito mais antigo, que colocava em plano idêntico a injustiça objetiva e a subjetiva, quanto do que lhe é oposto (o do nosso direito moderno), o qual no processo civil rebaixou a injustiça subjetiva ao nível da objetiva, isso assegurava completa satisfação às legítimas pretensões de um sã sentimento do direito, não só porque distinguia rigorosamente os dois tipos de injustiça, como também no âmbito interno da injustiça subjetiva sabia distinguir com refinada perspicácia todas as graduações da mesma, proporcionalmente à forma, ao tipo e à gravidade da ofensa.

Passando ao último nível do desenvolvimento do direito romano, que encontrou sua conclusão na compilação de Justiniano, vem-me à mente, à revelia de minha vontade, a grande importância que adquire o direito das sucessões quer na vida do indivíduo, quer naquela dos povos. O que seria o direito dessa época inteiramente decadente do ponto de vista ético e político, se essa época tivesse que criá-lo por si mesma! Mas como existe mais de um herdeiro que, graças às suas próprias forças, não conseguiria sobreviver se dependesse apenas do produto do seu labor, vivendo das riquezas daquele que lhe haja deixado uma herança, assim também uma estirpe frágil, degradada, vive ainda por longo tempo graças ao

capital espiritual acumulado em épocas precedentes mais varonis e vigorosas. Entendo-o não somente no sentido do gozo não laborioso dos frutos de um trabalho alheio, mas principalmente no sentido de que as obras, as criações, as instituições do passado – cuja fonte foi um determinado espírito – conseguem por certo tempo conservá-lo e recriá-lo. É que há uma reserva de forças dormentes que se convertem novamente em energia viva por ocasião de um contato pessoal com elas. Nesse sentido, mesmo o direito privado da República, no qual se expressavam o cerne e a força do sentimento do direito do povo romano, conseguiu suprir a época do Império ainda por certo lapso de tempo de uma fonte vivificante proporcionadora de novo frescor; foi o único oásis no largo deserto dos tempos pósteros do qual ainda jorrava um manancial de água pura. Entretanto, não era possível que qualquer forma de vida independente pudesse resistir longamente ante o vento ardente do despotismo; não era de se esperar que o direito privado lograsse, por si só, cultivar e proteger um espírito que se encontrava banido em todos os demais setores; aqui, tal como em todos os outros pontos, foi forçoso ceder ao espírito da nova época! E quão estranha é a marca desse espírito dos novos tempos! Seria compreensível que encerrasse os traços do despotismo: rigor, dureza, implacabilidade. Sua expressão, contudo, é precisamente o contrário, sendo reveladora de generosidade e humanidade. Entretanto, trata-se de uma generosidade com laivos de despotismo: arranca de um aquilo que doa a outro. É a generosidade do arbítrio e do capricho e não a do caráter; representa uma espécie de remorso engendrado pela violência que pretende reparar uma injustiça por meio de outra. Este não é o lugar para enumerarmos todos os exemplos específicos que respaldam essa afirmação;⁵² ao meu ver, basta sublinhar um traço especialmente significativo que congrega em torno de si uma copiosa quantidade de dados históricos. Trata-se da benevolência e da tolerância que são dispensadas ao devedor às custas do

credor.⁵³ Se estabelecer a consideração geral que se segue, penso não correr o risco de errar: a simpatia demonstrada com o devedor constitui um dos traços distintivos das épocas decadentes, as quais definem tal simpatia como espírito de humanidade. Uma época vigorosa se preocupa, majoritariamente, no sentido de o credor obter seu direito e não hesita sequer em ser rigorosa com o devedor se forçada a salvar e preservar o crédito e a confiança que garantem a segurança das transações.

E agora, finalmente, examinemos o nosso direito romano moderno. Chego a me arrepender de tê-lo mencionado, pois me coloquei na situação de emitir um juízo sobre ele, sem que possa nesta oportunidade fundamentá-lo, que seria o meu desejo. Entretanto, de uma forma ou outra, não omitirei o meu parecer.

Visando sintetizar a questão, direi que o traço específico de toda a história e do teor do moderno direito romano se acha no predomínio marcante, embora até certo ponto determinado circunstancialmente, da simples erudição relativamente a todos aqueles fatores que geralmente determinam a configuração e o desenvolvimento do direito: o sentimento do direito nacional, as práticas, a legislação. Um direito estrangeiro escrito em um idioma estrangeiro, introduzido pelos eruditos e somente acessível a eles em toda a sua plenitude e exposto desde o início ao choque e à influência recíproca de duas formas inteiramente distintas de interesses, que amiúde entram em conflito mútuo: refiro-me ao interesse do conhecimento histórico puramente natural e ao do ajuste prático e do aprimoramento do direito – e, diante disso, uma prática destituída da força necessária para dominar intelectualmente o material e, portanto, condenada a uma constante dependência da teoria, ou seja, encontra-se prisioneira da menoridade, do que decorre o casuísmo que campeia na jurisprudência e na legislação, acima das tentativas, débeis e pouco desenvolvidas, rumo à centralização. É de se espantar que, entre o sentimento do direito nacional e tal direito, haja uma cisão dilacerante, que o povo não

compreenda o seu direito e que o direito não compreenda o seu povo? Normas e instituições que em Roma – face àquelas relações e aqueles costumes – foram compreensíveis, mostram-se aqui – na ausência de seus pressupostos – precisamente como uma maldição. Desde que o mundo existe, jamais uma jurisprudência abalou tanto no povo a crença e a confiança depositadas no direito quanto esta. O que pode exprimir a simples e sadia mente do leigo ao se apresentar ele ante o juiz com o seu título no qual seu opositor confessa lhe ser devedor de cem libras, e ouvir a sentença segundo a qual o título não tem validade uma vez que representa uma *cautio indiscreta*, ou então que a decisão judicial de que um título que reconhece explicitamente o mútuo na qualidade de causa da obrigação só ganha força probatória após o transcurso de dois anos?

Não desejo, todavia, entrar em minúcias, pois, se o fizesse, como chegar a um fim? Prefiro me restringir a citar duas aberrações da nossa jurisprudência do direito comum – que não posso definir diferentemente –, aberrações que são de tal natureza que dizem respeito a questões de princípio e contêm em si mesmas verdadeiramente o sêmen da injustiça.

A primeira consiste no fato de que na jurisprudência moderna se abandonou completamente a simples ideia, como o expus anteriormente, segundo a qual, no caso de uma violação do direito, não se trata apenas do valor pecuniário, mas também da satisfação do sentimento do direito ofendido. O seu critério de avaliação é cabalmente aquele do mais rasteiro e deplorável materialismo: o puro e simples interesse pecuniário. Recordo-me de ter assistido a uma decisão judicial, em um caso no qual o montante do litígio era limitado; o juiz, para ser poupado dos aborrecimento do processo, ofereceu ao demandante um pagamento do próprio bolso e se mostrou admirado quando o demandante não aceitou essa oferta. O fato de que para este último não se tratava do seu dinheiro, mas do seu direito, não encontrava acesso à mente desse profissional do

direito, embora não devamos imputar a ele isoladamente uma culpa tão pesada, já que a responsabilidade de sua postura cabe, antes, à ciência do direito. A condenação pecuniária, que nas mãos do juiz romano lhe assegurava o meio suficiente de dar satisfação aos interesses ideais agredidos pela violação ao direito⁵⁴ chegou ao ponto de se converter, sob o influxo da teoria moderna da prova, em um dos expedientes mais deploráveis por meio do qual a justiça tem tentado remediar a injustiça. É solicitado do demandante que prove o seu interesse pecuniário até o derradeiro centavo. O que será a proteção legal quando inexistir um interesse pecuniário? O locador tranca o portão do jardim cuja utilização está inclusa associativamente no direito do locatário, que se verá obrigado a provar o valor pecuniário de sua permanência no jardim! Ou o primeiro aluga a moradia, antes de o locatário passar a ocupá-la, a outro, e o locatário, durante meio ano, tem que recorrer a acomodações miseráveis enquanto não conseguir uma moradia mais condigna. Imaginemos também o hoteleiro que põe na rua o viajante a quem prometeu e reservou uma vaga telegraficamente, fazendo com que ele tenha que perambular à noite durante horas a fio em busca de um alojamento qualquer. Vá alguém traduzir tais agressões ao direito para valores pecuniários... ou melhor, experimente-o para perceber qual a compensação que a justiça lhe proporcionará em tais casos. Entre nós, na Alemanha, tal compensação será nula, uma vez que o juiz alemão é incapaz de vencer o óbice teórico de que o incômodo, por maior que seja, é intraduzível em dinheiro. O juiz francês, entretanto, não experimentará qualquer dúvida quanto a fazer essa conversão. Suponhamos que um professor que tenha se comprometido a lecionar em uma instituição particular de ensino encontre, posteriormente, um cargo mais vantajoso e deixa de cumprir o contrato, ocorrendo certa demora para se achar um outro professor que o substitua. Revelar-se-á bastante difícil calcular o prejuízo pecuniário causado pelo fato de os alunos ficarem sem lições de

francês ou desenho durante várias semanas ou meses, ou o montante do prejuízo do proprietário da instituição de ensino. Uma cozinheira deixa o serviço sem motivo e, desse modo, coloca os patrões em séria dificuldade, uma vez que não se consegue encontrar uma substituta. Como quantificar o valor pecuniário dessa situação problemática? Em todos esses casos, o sujeito do direito se vê, com base no direito comum, privado de qualquer amparo, pois o auxílio que o direito oferece ao sujeito envolve uma evidência que, via de regra, não é possível apresentar. E, mesmo que fosse fácil apresentá-la, não bastaria a reivindicação do simples valor pecuniário para efetivamente reparar a injustiça da outra parte. É esta, portanto, precisamente uma situação de ausência do direito (*anomia*). Neste caso, o que oprime e agride não é o incômodo produzido pela situação, mas a amarga sensação de que o bom direito pode ser pisoteado sem que contra isso não se possa contar com qualquer amparo.

O direito romano não pode ser considerado responsável por essa deficiência porque – ainda que este haja sempre se conservado fiel ao princípio de que a sentença definitiva só poderia fixar uma pena pecuniária – recorreu à aplicação da condenação pecuniária de tal modo a visar conferir proteção funcional não apenas aos interesses pecuniários, como também a todos os outros interesses legítimos. A aplicação das penas pecuniárias constituía o meio de pressão civil do juiz colimando garantir o respeito dos seus mandados; um acusado que se negasse a fazer aquilo que lhe era imposto pelo juiz não se via livre mediante o mero valor pecuniário da prestação devida, mas, nesse caso, a condenação pecuniária assumia o caráter de uma pena e, precisamente, esse desfecho do processo proporcionava ao demandante algo que, do ponto de vista, dele, talvez tivesse um valor muito superior ao do dinheiro, a saber, a reparação moral de uma leviana transgressão ao direito. Essa ideia de reparação ou satisfação é inteiramente estranha à moderna teoria do direito romano, completamente incapaz de compreendê-la,

que somente conhece o valor pecuniário da obrigação não cumprida.

É coincidente com essa insensibilidade do nosso direito hodierno pelo interesse ideal da violação do direito também a abolição, por parte da prática moderna, das penas privadas do direito romano. Entre nós não mais existe a infâmia a punir o depositário ou o mandatário desleal; por mais descarada que seja a patifaria, aquele que a perpetra se esquivava de toda e qualquer punição, bastando, para tanto, que tenha habilidade suficiente para escapar das malhas do Código Penal.⁵⁵ É verdade que continuam a figurar nos códigos as penas pecuniárias e aquelas da contestação destituída de fundamento, mas estas dificilmente encontram aplicação na jurisprudência. E o que significa isso? Simplesmente que, entre nós, a injustiça subjetiva está rebaixada ao nível da objetiva. Entre o devedor, que de modo vergonhoso questiona o empréstimo que lhe foi feito e o herdeiro que faz o mesmo de boa-fé; entre o mandatário que me ludibriou e aquele que simplesmente se equivocou – em suma, entre a ofensa ao direito consciente e feita levianamente e a ignorância ou o erro, o nosso direito moderno não faz qualquer distinção, de modo que o processo invariavelmente gira em torno do interesse pecuniário. A ideia de que a balança de Têmis (no direito privado exatamente do mesmo modo que no direito penal) deva pesar a injustiça e não simplesmente o dinheiro, está tão distante da nossa atual concepção do direito que eu, ao expressá-la, já antevejo uma objeção, ou seja, *é precisamente nisso que reside a diferença entre o direito penal e o direito privado*. Para o direito de nossos dias, sim, e acrescento: infelizmente. Mas para o direito em si, não! Até esta data não houve alguém que tenha provado que há qualquer ramo jurídico no qual a realização da ideia da justiça em toda sua plenitude seja inadmissível. E a ideia da justiça está inseparavelmente vinculada à realização da ideia da culpabilidade.

O segundo desvio da jurisprudência moderna, dos já citados por mim, e este tornado desastroso, é a teoria da prova por ela

instituída.⁵⁶ Poder-se-ia crer que tal teoria da prova tenha sido concebida com o propósito específico de solapar o direito. Se todos os devedores do mundo entrassem em acordo para privar os credores de seu direito, não poderiam ter descoberto meio mais eficaz para seu propósito do que aquele que nossa jurisprudência fornece graças à mencionada teoria da prova. É impossível que qualquer matemático produza uma teoria da prova mais exata do que a aplicada por nossa jurisprudência. Tal teoria atinge o acme da falta de senso nos processos para ressarcimento de danos e nas lides patrimoniais. O abuso que em tal caso – e me servirei da frase de um jurista romano – “é cometido sob a aparência do direito mediante o próprio direito”⁵⁷ e o benéfico contraste que, no tocante a isso, constitui a prática inteligente dos tribunais franceses, foi descrito em numerosos escritos recentes de maneira tão dramática que me autoriza a poupar palavras. Há somente algumas que não consigo reprimir: desditoso é o demandante em tal processo, feliz é o acusado!

Resumindo o que até aqui foi dito, poderei eleger essa última exclamação, em geral, como divisa da nossa jurisprudência e da nossa prática atual. Tanto uma quanto a outra muito avançaram na estrada trilhada por Justiniano; entendem que é o devedor e não o credor que deve ser o objeto de proteção: melhor perpetrar uma injustiça evidente contra cem credores do que tratar um único devedor com excessivo rigor.

Um leigo dificilmente poderia crer que essa parcialidade, a qual devemos à teoria disparatada dos civilistas e dos processualistas, seria suscetível ainda de um agravamento; entretanto, foi ela superada por uma degeneração dos primeiros criminalistas, que é possível definir como um atentado contra a ideia do direito e como a ofensa mais horrível ao sentimento do direito e que jamais fora cometida antes pela ciência. Refiro-me àquela ultrajante atrofia do direito de legítima defesa, àquele direito humano originário, que, como diz Cícero, é uma lei da própria natureza inata no homem,

uma lei a propósito da qual os juristas romanos foram suficientemente ingênuos para crerem que não pudesse ser negada por qualquer sistema legal do mundo. (*“Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt”*). Os últimos séculos e até mesmo o nosso⁵⁸ seriam suficientes para convencê-los do oposto! A bem da verdade, os senhores do saber reconheceram em princípio esse direito, mas, animados por uma simpatia pelo criminoso semelhante àquela dos civilistas e dos processualistas pelo devedor, procuravam, de fato, restringi-lo e cerceá-lo de tal maneira que, na maioria dos casos, o criminoso era protegido, ficando quem havia padecido o dano, sem proteção. Que abismo de aberração do sentimento da personalidade, de ausência de virilidade, de degeneração e de embotamento do simples e sã sentimento do direito se antepõe a nós quando mergulhamos na literatura que delineia essa teoria:⁵⁹ poder-se-ia crer que se é transferido a uma sociedade de castrados morais. O homem ameaçado por um perigo ou por uma ofensa à honra deve retrair-se, fugir:⁶⁰ constitui, portanto, dever do direito abrir espaço à injustiça. E os sábios só discordavam em um ponto: se cabia também aos oficiais militares, nobres e indivíduos pertencentes às classes superiores fugir;⁶¹ um pobre soldado que, atacado, acatando essa orientação, bateu em retirada duas vezes, mas que, na terceira vez, perseguido pelo inimigo, defendeu-se e o matou, foi condenado à morte pelo fio de espada “para servir de lição edificante a ele mesmo e dar aos demais um exemplo salutar”!

Às pessoas pertencentes à posição social e ascendência particularmente elevadas, como aos oficiais militares é consentido que se sirvam, na defesa de sua honra, de um direito de legítima defesa;⁶² contudo, é acrescentado por alguém, em caráter limitativo, que não é a elas lícito, no caso de ofensas verbais, chegar ao ponto de matar o adversário. Às outras pessoas, inclusive funcionários públicos, não se admite nada de análogo. Os funcionários da justiça civil devem se satisfazer com a lição segundo a qual “os simples

funcionários da lei (a ela devotados exclusivamente) devem circunscrever todas as suas pretensões aos limites do direito nacional, abstendo-se de outras exigências”. Os comerciantes são contemplados com o pior tratamento. “Os comerciantes, mesmo os mais ricos”, diz-se, “não constituem exceção alguma; sua honra é o seu crédito e só a terão enquanto tiverem dinheiro. Consequentemente, podem se sujeitar a ofensas uma vez que sua honra e sua boa reputação não correm com isso o menor perigo. Àqueles que se enfileiram nas classes inferiores, é permissível que recebam uma bofetada ou um murro no nariz, se pouco dolorosos.” No caso de o infeliz ser um simples camponês ou um judeu, será punido com a pena prevista para defesa própria proibida (que esteja além dos casos expressamente permitidos) se transgredir essa prescrição, enquanto outras pessoas devem ser punidas apenas “da forma mais branda possível”.

Particularmente edificante é o modo pelo qual se buscava excluir da legítima defesa ante a agressão à propriedade. A propriedade, segundo uns, é um bem restituível, tal como a honra; a primeira é assegurada pela *reivindicatio*, a segunda pela *actio injuriarum*. Mas como fica quando o ladrão foge com a coisa e ninguém sabe de quem se trata e qual o seu paradeiro? A resposta tranquilizadora a isso que se ouve é a seguinte: o proprietário conta sempre *de jure* com a *reivindicatio* e “é somente em decorrência de circunstâncias fortuitas, totalmente estranhas à natureza do próprio direito patrimonial, que a demanda não gera o resultado objetivado”.⁶³ De tal modo, pode se consolar aquele que é constrangido a ceder sem resistência ao seu patrimônio, que o traz consigo sob a forma de títulos; conserva ele sempre a propriedade e *reivindicatio*, ao passo que o ladrão só conta com a posse fatural, o que nos faz lembrar a vítima de roubo que se consolava ao pensar que o ladrão não dispunha das instruções de uso do objeto roubado! Outros – quando concerne a bens de valor muito alto – se sentem constrangidos a fazerem concessão ao emprego da força, embora exijam daquele

que é atacado o dever de ponderar meticulosamente – não obstante o elevado grau de emoção – quanta força seja necessária para repelir o ataque; se fraturar desnecessariamente a cabeça do atacante na hipótese de bastar para reduzi-lo à inação um golpe menos violento, sendo possível estar em condições de avaliar o grau de dureza da caixa craniana do atacante e exercitar regularmente o impacto dos golpes, será imputado como responsável. Esses concebem a situação daquele que é atacado como a de Odisseu, quando ele se prepara para enfrentar Iro: *Naquela oportunidade, o prudente e sofrido Odisseu pondera*

Se era melhor derrubá-lo dando fim à sua vida naquele mesmo local, Ou se era preferível apenas estendê-lo sobre o chão mediante golpes mais brandos.

Reflexão feita, pareceu-lhe, enfim, mais acertado...^{64, 65}

No caso de objetos de valor inferior, digamos um relógio de ouro ou uma bolsa com algum dinheiro, ou ainda com algumas centenas de florins, o ameaçado não deve, de modo algum, ferir o atacante. O que significa um relógio comparado a um corpo, a uma vida e a membros íntegros? Uma coisa é um bem facilmente substituível, ao passo que a outra é um bem inteiramente insubstituível. Uma verdade incontestável! O único problema é que nessa verdade se esquece o detalhe de que o relógio pertence à vítima e o corpo ao ladrão e que esse corpo, embora tenha um elevado valor para o ladrão, para aquele que é atacado nada vale. Em segundo lugar, quanto ao ponto do *substituível*, plenamente incontestável (o relógio é substituível), esquece-se da seguinte questão: quem substitui o relógio? Será o juiz que se incumbirá dessa substituição?

Basta, entretanto, de tolices e disparates de eruditos!

Quão profunda seria a humilhação que experimentaríamos ao constatarmos que a simples ideia do genuíno sentimento do direito (que contempla em qualquer agressão do direito, ainda que esta se refira tão só a um relógio uma agressão à pessoa do sujeito do

direito) se converteu em algo inteiramente estranho à ciência de hoje, que erige na qualidade de dever jurídico o abandono do próprio direito, a escapada covarde ante a injustiça! Seria, talvez, de se surpreender que, em uma época na qual podem tais concepções ousar vir à luz do sol por meio da ciência, que o espectro da vileza e da tolerância apática diante da injustiça também determinasse os destinos da nação? Folgamos em saber que nos é permitido assistir à transformação dos tempos. Concepções desse jaez se tornaram agora simplesmente inaceitáveis, já que só podem vicejar no aspecto dissoluto de uma vida nacional política e juridicamente deteriorada.

Com essa teoria que acaba de ser exposta, ou seja, a teoria da covardia e da obrigação de abandonar o direito ameaçado, toquei no plano científico no polo oposto máximo da concepção por mim sustentada, a qual, ao contrário, erige em dever a luta pelo direito. Uma opinião que não se situa, entretanto, em nível tão baixo, ainda que, aquém dos píncaros do são sentimento do direito, é a aventada por Herbart,⁶⁶ um filósofo moderno, acerca do fundamento primário do direito. Ele localiza esse fundamento em um motivo que não se poderia definir senão como estético: o sentimento de desagrado gerado pela luta. Este não é o lugar para demonstrarmos todo o insustentável desta opinião, mas me acho na grata posição de poder recorrer, no tocante a isso, à exposição realizada por um amigo.⁶⁷ Ainda que a concepção estética fosse um padrão de avaliação admissível para o direito, eu permaneceria em dúvida no que concerne a um ponto: talvez o estético no direito não consistisse na ausência ou exclusão da luta, mas no fato de que a luta é inerente ao direito. Quem considera a luta enquanto tal antiestética – deixando-se completamente fora de discussão a legitimidade ética da própria luta – ver-se-á obrigado a abolir toda a arte e literatura da *Ilíada*, de Homero, e das esculturas dos gregos até as obras da atualidade, uma vez que não houve tema que tenha sido capaz de exercer tanta atração como a luta sob as suas diversas formas.

Solicito que me indiquem uma pessoa para a qual o espetáculo da tensão máxima da força humana, espetáculo esse exaltado pelas artes plásticas e pela poesia, em lugar de despertar um sentimento de prazer estético tenha lhe despertado o de desprazer estético. O tema para a arte e a literatura que se mostra mais elevado e de maior fecundidade permanece sempre aquele do homem que defende uma ideia, entenda-se essa ideia como aquela do direito, a da pátria, a da fé ou da verdade. E esse tipo de defesa envolve sempre uma luta.

Mas não é a estética, e, sim, a ética que se pronuncia quanto a algo corresponder à essência do direito ou com esta entrar em conflito. E, todavia, a ética, longe de decretar a condenação da luta pelo direito, tem-na como um dever dos indivíduos e dos povos, uma vez presentes as condições expostas por mim nesta obra. O elemento luta, que Herbart pretende excluir da ideia do direito, é o seu elemento mais próprio desde os primórdios; é o elemento que nele está eternamente presente: a luta constitui o labor incessante do direito. Sem luta não há direito algum, do mesmo modo que sem labor não há propriedade. À sentença “Ganharás o pão para te alimentares com o suor de teu rosto” adicionamos outra, não menos verdadeira: “Deves encontrar o teu direito mediante a luta.” Quando o direito abandona a luta, está ele abandonando a si mesmo. No tocante ao direito, também se aplicam estas palavras do poeta: *É este o discurso derradeiro do sábio:*

Somente merece a liberdade e a vida

*Aquele que cotidianamente tem que conquistá-las.*⁶⁸

- * Beviláqua se refere à tradução da coedição das editoras Livraria Chardron, Porto, Portugal e Francisco Alves, Rio de Janeiro, publicada em 1909.
- 1. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 2. ed., Kreuznach, 1800, p. 133.
- 2. Ibid., p. 185.
- 3. A doutrina da luta pelo direito na sua relação com o judaísmo e com o cristianismo antigo. (N.T.) No sistema monetário alemão, que tem o marco como unidade e referencial, a moeda de cobre cujo valor é um centésimo do marco (correspondente ao nosso centavo). (N.T.) *Uma luta pelo Direito*. (N.T.)
- 6. Em *O mercador de Veneza*. (N.T.) Ato III, cena terceira, Antonio: “O *doge* não pode impedir o *curso do direito*” etc.; ato IV, cena primeira, o doge: “Tenho pena de ti”; Antonio: “... visto que *nenhuma via legal* pode subtrair-me de seu ódio”; Portia: “... que a lei de Veneza não pode vos atingir... Não pode ser assim. Nenhuma autoridade veneziana pode mudar uma *lei válida*... o teor e as disposições da lei estão plenamente de acordo com a penalidade indicada neste título... Uma libra de carne deste mercador é tua. *O tribunal reconhece este direito e a lei o confere*.” Portanto, o *princípio jurídico* segundo o qual o título detém plena validade, o *jus in thesi* é não apenas reconhecido pelo consenso geral, como totalmente indubitável, mas o *julgamento*, o *jus in hypothesi*, já foi *proferido*, para ser depois – diria o juiz na etapa de execução – anulado por mera velhacaria. Analogamente, um juiz poderia condenar o devedor ao pagamento e, na etapa de execução, comunicar ao credor que este deve apanhar o dinheiro com as próprias mãos de um alto-forno; ou, caso o devedor fosse um telhador, que o dinheiro fosse entregue ao credor no alto de uma torre, ou se fosse ele um escafandrista, que fosse o dinheiro entregue ao credor no fundo do mar, visto que o título em pauta nada estipulava quanto ao local de pagamento.
- 8. *Jurista e Poeta – Ensaio sobre A Luta pelo Direito de Ihering e sobre O Mercador de Veneza de Shakespeare*. (N.T.) *Shakespeare diante do foro da jurisprudência*. (N.T.) Esta afirmação de Ihering não procede. Ele ampliou gradativamente este prefácio desde a primeira edição (quando não ia além de duas páginas) até a décima (1891), na qual ele conta com cerca de doze

11. páginas. (N.T.) Auguste von Littrow-Bischoff (1819-1889), esposa de Karl Ludwig Littrow (1811-1877), que foi diretor do Observatório Astronômico de Viena. (N.T.) Ihering morreu pouco mais de um ano após escrever estas linhas. Por ocasião da 11ª edição vienense (1894), V. Ehrenberg expressa o seguinte a respeito: ...*Am 17. September 1892 ist Rudolph von Ihering gestorben, aber die lebendige Kraft seines Wirkens ist geblieben...* (...Morreu Rudolph von Ihering em 17 de setembro de 1892, porém a força de seu
13. trabalho permanece viva...). (N.T.) Nas primeiras edições, este introito é
14. muito mais longo. (N.T.) Trecho extraído do meu *O espírito do Direito Romano*, II, 1.
16. Goethe, *Fausto*, Parte I. (N.T.) Aversão retratada por Stahl até a caricatura em uma de suas conferências a que me referi em *O espírito do Direito Romano*, II, § 25, nota nº 14.
17. ... *rechtlichen Überzeugung*... literalmente convicção justa. Mas, neste
18. contexto, Ihering atribui à expressão um sentido técnico específico. (N.T.) “Onde tem direito Júpiter, não o tem os bois.” Era comum na antiga Grécia celebrar a *hecatombe*, isto é, o sacrifício de cem bois a Zeus. Deve ser esta a origem da frase, dando a entender que na relação de duas partes, por vezes, uma deve se sacrificar passiva e totalmente para o total proveito da outra.
19. (N.T.) No romance *Michael Kohlhaas*, de Heinrich von Kleist, ao qual me referirei mais detalhadamente na sequência, o romancista (20) põe na boca de seu herói: “Se devo deixar-me ser pisoteado, melhor ser um cão do que um homem!”.
20. No original ...*der Dichter*... (o poeta). (N.T.) A prova disso a apresentei na minha obra sobre o objetivo do direito (v. I, p. 434 ss; 2. ed., p. 443 ss) e defini o direito como a garantia das condições de existência da sociedade, garantia efetivada sob a forma de pressão do poder do Estado.
23. ... *der Dieb und der Räuber*... (N.T.) Este trecho deveria servir de defesa a meu favor contra a crítica que supõe que eu prego simplesmente a luta pelo direito sem considerar o conflito que lhe dá origem. Declarei que a afirmação do direito é uma autoafirmação da pessoa e, portanto, uma questão de honra e um dever moral somente naqueles casos em que, no direito, a própria pessoa é pisoteada. Se não se quer ver essa distinção feita por mim com tanto empenho e se se faculta me imputar o parecer disparatado segundo o qual a rixa e a discórdia são coisas belas e a paixão pelas demandas e a prepotência são virtudes, só me resta para entender tal atitude a alternativa de pensar ou em uma desonestidade, a qual distorce uma opinião incômoda para que se possa criticá-la, ou em uma falha de leitura mediante a qual à medida que se progride na leitura, ao se alcançar certo ponto, esquece-se do que foi lido anteriormente.

25. Literalmente ...*unbefangenen Unrechts*... (N.T.) Assunto mais ventilado na minha obra *O objetivo do Direito (Zweck im Recht)*, v. II, p. 302-4 (2. ed., p. 304-6).
26. Pena de Talião. (N.T.)
27. ... *sein Gut und seine Habe*..., literalmente *seus bens e seus haveres*. (N.T.) O conhecedor do assunto sabe que nesses trechos me limitei a valorizar ideias que foram originalmente formuladas por Montesquieu e constituem seu mérito imortal (*Do espírito das leis* [Obra presente em *Clássicos Edipro*. (N.E.)]) ...*die dienende Klasse*... Este conceito não se apresenta com suficiente clareza, mas é muito provável que Ihering se refira a serviçais em um sentido amplo e não restrito, englobando as variadas profissões (mordomo, cozinheiro, secretário, motorista particular etc.) que implicam subalternidade e prestação particular de serviços e não apenas a atividade profissional da *criadagem*, resquício dos servos da Idade Média. (N.T.) ...*in einer Verschiebung der naturgemässen Verhältnisse*... A ideia de desvio (*Verschiebung*) aqui é a de deformação, degeneração. (N.T.) Uma interessante confirmação a respeito disso é dada pelas nossas pequenas cidades universitárias alemãs, que vivem principalmente dos estudantes; as tendências e os hábitos destes, no que toca a gastar dinheiro, acabam por ser transmitidos de maneira inconsciente ao resto da população civil.
32. ...*den Untergang des Rechts*..., literalmente, a *queda* ou o *naufrágio* do direito. (N.T.) A respeito disso me pronunciei mais detalhadamente em minha obra *Geist des römischen Rechts (O espírito do Direito Romano)*, v. III, § 60.
34. Rogo que não se esqueça, ao se ler este trecho, de que a conferência que deu origem a este trabalho foi proferida em Viena, onde a comparação entre o inglês e o austríaco pareceu a mais natural. Esse exemplo foi mal recebido por muitas pessoas, que lhe conferiram uma interpretação errônea. Em lugar de interpretarem que essas palavras nasceram de um interesse profundo pelos irmãos austríacos, tendo sido ditadas pelo anelo de suprir uma contribuição, por mais modesta que fosse, para o fortalecimento do sentimento do direito entre os membros deste povo amigo, atribuíram-me uma predisposição inamistosa em relação ao povo austríaco. Ninguém menos do que eu teria razões para alimentar uma predisposição dessa natureza, uma vez que, durante os quatro anos que vivi em Viena, cidade em que desincumbi os misteres de professor universitário, não me foi fornecido o mais ínfimo motivo para me sentir assim predisposto; pelo contrário, dela me ausentei imbuído de um sentimento da mais profunda gratidão. É minha convicção que os leitores austríacos saberão apreciar de maneira crescente o autêntico motivo que me fez exprimir estas palavras e as ideias que lhes serviram de inspiração.

35. Para aqueles meus leitores leigos em assuntos jurídicos, devo observar que essas ações populares ofereciam a quem o quisesse a oportunidade de se apresentar como representante da lei e exigir satisfação de quem a houvesse violado. E essas ações não abrangiam apenas os casos que envolviam os interesses do povo em geral, incluindo, com isso, aquele do demandante (como, à guisa de exemplo, os casos de ameaça ou perturbação de passagens públicas), como também tinha cabimento nas hipóteses em que houvesse sido transgredido o direito de uma pessoa privada que não pudesse se defender ativamente, no caso, por exemplo, da lesão de um menor em um negócio jurídico, naquele da infidelidade de um tutor em relação ao seu tutelado, naquele da cobrança extorsiva de juros usurários [sobre estes e outros aspectos consultar *O espírito do Direito Romano (Geist des römischen Rechts)*, v. III, parte I, p. 111 ss]. Essas ações continham, portanto, um apelo a esse sentido ideal, que defende o direito simplesmente pelo direito, sem qualquer interesse pessoal. Surgiam ações desse tipo que também apelavam para o motivo prosaico do desejo de ganho, uma vez que atribuíam ao demandante o valor da pena de caráter pecuniário imposta ao acusado; era precisamente por essa razão que, sobre essas ações, ou mais exatamente, sobre a sua disposição voltada para a aquisição, pesa o mesmo pecado que existe entre nós das denúncias com o intuito de obter os direitos de denunciante. Se digo que a maior parte das ações da segunda categoria já haviam desaparecido no direito romano tardio e aquelas da primeira são desconhecidas no nosso atual direito, o leitor poderá tirar de imediato a conclusão que deve ser tirada de tal fato: o desaparecimento do pressuposto do senso comunitário que foi o fundamento de sua criação.
36. ...“*Gesetz angerufen*”... (N.T.) Esta concepção foi por mim exposta no meu *Geist des römischen Rechts (O espírito do Direito Romano)*, v. II, § 47.
39. William Shakespeare, *O mercador de Veneza*, IV, 1. (N.T.) Creio ser precisamente nisso que reside o interesse marcadamente trágico produzido pela figura de Shylock. Ele é, de fato, ludibriado no seu direito. Ao menos, é assim que deve encará-lo o jurista. É evidente que o poeta goza da liberdade de construir sua própria jurisprudência e não queremos lamentar o fato de Shakespeare, neste caso, tê-lo feito ou, mais exatamente, ter mantido inalterável a velha fábula. Mas se o jurista desejar submetê-la a uma crítica, terá que se limitar a dizer que o título era nulo por encerrar uma disposição que se opunha à moral; o juiz, portanto, por essa razão, deveria tê-la negado como inválida desde o início; porém, a partir desse momento, assim não agiu; a partir do momento em que o “sábio Daniel” reconheceu o valor do título, constituiu apenas um truque vil, uma deplorável velhacaria de rábula negar ao homem, ao qual havia concedido o direito de cortar uma libra de carne de

um corpo vivo, a faculdade de verter o sangue inseparável da mesma. Com idêntica razão, um juiz poderia reconhecer a quem é legalmente servo o direito de trânsito, mas poderia lhe vetar deixar as pegadas de seus pés no terreno, alegando o fundamento de não ter sido registrado no respectivo título esse direito. É quase crível que a história de Shylock tenha ocorrido nas priscas eras de Roma, já que os redatores da Lei das Doze Tábuas estabeleceram como necessário – no que tange ao credor cortar em pedaços a carne do devedor (*in partes secare*) – especificar-se de modo explícito que os credores, no que tocava ao tamanho dos pedaços, gozavam de plena liberdade de determiná-lo (*Si plus minusve secuerint, sine esto!*). A respeito dos ataques assestados contra tal opinião por mim defendida no texto, ver o *Prólogo*.

40. H. von Kleist, *Michael Kohlhaas*.
41. *Cabinetsjustiz*. (N.T.) *Die Räuber*, primeiro ato, cena 2, de F. Schiller. (N.T.)
44. Ou seja, *Justizmord*. (N.T.) De maneira inovadora, inteiramente independente relativamente ao seu predecessor Kleist, e altamente tocante, Karl Emil Franzos lidou com esse tema no seu romance estimulado pelo meu trabalho e intitulado *Ein Kampf um's Recht (Uma Luta pelo Direito)*, Breslau, 1882. Enquanto Michael Kohlhaas é provocado pela nociva violação do seu próprio direito, o herói desse romance, diferentemente, é provocado por aquela do direito de sua comunidade, da qual é ele o membro mais velho – direito que ele inutilmente procurou fazer com que fosse reconhecido mediante todos os recursos legais e mediante o máximo sacrifício. O motivo dessa luta pelo direito se acha em um nível mais elevado do que no caso de Michael Kohlhaas: trata-se do idealismo que nada aspira para si mesmo e tudo somente para os outros. A meta deste meu trabalho não admite que mostre aqui devidamente a maestria com a qual o autor cumpriu a sua tarefa; não posso, todavia, deixar de enfaticamente chamar a atenção do leitor interessado no tema deste meu trabalho para essa abordagem poética do mesmo tema. Constitui ela um digno complemento ao *Michael Kohlhaas* de Kleist, um retrato psicológico genuíno e comovente, cuja leitura ninguém conclui sem se sentir profundamente emocionado.
46. Ou Lei de Lynch. *Linchar* em inglês é *to lynch*. (N.T.) ...*das Reich der Mitte*...
47. Ihering se refere ao Império chinês. (N.T.) Eu mesmo, anteriormente, assim considerei a coisa, cf. meu *Schuldmoment im römischen Privatrecht (A obrigação no Direito Privado Romano)*, Giessen, 1867, p. 61 [*Vermischte Schriften (Obras esparsas)* Leipzig, 1879, p. 229]. O fato de agora pensar diferentemente se deve ao longo trato com o tema em pauta.
48. Presente na primeira obra citada na nota 47, p. 8-20.
49. Quanto a outros exemplos, cf. *ibid.*, p. 14.

50. A respeito disso, consulte-se o segundo capítulo da obra citada, p. 20 ss.
51. Isto é acentuado de maneira especialmente incisiva nas chamadas *actiones vindictam spirantes*. O ponto de vista ideal, uma vez que nestas não se trata de dinheiro e bens, mas de uma satisfação do sentimento do direito e do sentimento da pessoa ofendidos (*magis vindictae, quam pecuniae habet rationem*), 1. 2, § 4 *de coll. bon.* 37, 6) encontra plena realização. Por esse motivo, essas ações são negadas aos herdeiros, não podem ser objeto de cessão e, em caso de insolvência, não podem ser empregadas pelos credores em massa; e por isso se extinguem em um período relativamente curto e não têm lugar quando se tenha mostrado que o ofendido não se deu conta da injustiça perpetrada contra ele (*ad animum suum non revocaverit*) 1. 11, § 1 *de injur.* 47, 10).
52. Um destes, entre outros, é a supressão das penas processuais mais severas (vide meu trabalho, p. 58): o sadio rigor da antiguidade desagrada a debilidade e a indolência das épocas posteriores.
53. Indico como exemplos disso algumas disposições de Justiniano por meio das quais ele concede aos cidadãos fiadores apelar para a exceção da ordem; aos codevedores aquela da divisão, ou seja, aquela que estipulava o prazo disparatado de dois anos para que o penhor fosse vendido e, quando fosse a propriedade do mesmo transmitida, havia a concessão adicional ao devedor de mais dois anos para o resgate, além do que ainda atribuía ao devedor um direito aplicável ao saldo do preço referente ao objeto vendido pelo credor. E, ainda, a exagerada extensão do direito de compensação, a *datio in solutum*, e igualmente o privilégio das igrejas relativamente ao mesmo, a limitação ao dobro nos litígios envolvendo interesses no caso de relações contratuais, a incompreensível extensão da proibição das *usurae supra alterum tantum*, a posição nababescamente privilegiada do herdeiro diante do credor graças ao *beneficii inventarii*. A prorrogação da dívida obtida por força de decisão da maioria dos credores, que procede também de Justiniano, foi precedida, como por digno prenúncio, do instituto das moratórias que foi introduzido pela primeira vez na época de Constantino; e, também, pela *querela non numeratae pecuniae* e pela chamada *cautio indiscreta*, do mesmo modo que pela *lex Anastasiana* deve ele ceder aos seus predecessores da época imperial o mérito da descoberta, ao passo que cabe a Napoleão III a glória por ter sido o primeiro soberano que reconheceu a suposta desumanidade da execução pessoal e havê-la banido inspirado em princípios humanitários. É verdade que esse mesmo soberano não se scandalizou em absoluto com a seca guilhotina empregada em Caiena, da mesma forma que não se scandalizaram os imperadores romanos tardios de reservar aos filhos totalmente inocentes daqueles culpabilizados por alta traição um destino que

eles próprios descreviam caracteristicamente com as seguintes palavras: “ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium” (1.5 Cód., *ad leg. Jul. maj.* 9, 8). Que contraste extraordinário não apresenta diante dessa severidade extrema o tratamento sumamente humanitário praticado com os devedores! Não há maneira mais cômoda de homenagear o espírito do humanitarismo do que aquela às custas dos outros! Até o direito pignoratício privilegiado que Justiniano atribuía à mulher casada provinha daquela característica humana de seu coração, em relação à qual ele próprio somente podia se regozijar a cada novo impulso. Mas era a humanidade de São Crispim, que furtava o couro dos ricos para confeccionar as botas dos pobres.

54. Este aspecto mereceu um exame mais detido nos meus anuários (*Jahrbüchern*), v. 18, n. 1. Era o mesmo modo com que nos dias de hoje, revelando justa sensibilidade, os tribunais franceses aplicam as penas pecuniárias, em contraste flagrante com o judiciário alemão, que neste assunto adota uma prática completamente errada.
55. Que se frise que me refiro ao direito romano atual. Enfatizo-o porque houve quem, com relação ao trecho citado, acusasse-me de ter posto de lado o Código Penal Alemão (os parágrafos 246 e 266). Depois de cinco páginas, o autor da crítica se esquecera de que meu propósito era submeter o direito romano *atual* a uma crítica.
56. Cumpre recordar que o que exponho na sequência se refere ao nosso processo de direito romano que ainda existia na ocasião em que esta obra foi publicada (1872). Somente o Código Civil do Império Alemão, que passou a vigorar a partir de 1º de outubro de 1879, livrou-nos daquele processo.
57. Paulo, 1. 91, § 3 de V. O. (45, 1): “...*in quo genere plerumque sub autoritate juris scientiae perniciose erratur*”. O jurista, neste ensejo, achava-se diante de outro erro.
58. Isto é, o século XIX. (N.T.) Encontra-se ela resumida na obra de K. Levita, *Das Recht der Nothwehr* (*O direito da legítima defesa*), Giessen, 1856, p. 158 ss.
60. Ibid., p. 237.
61. Ibid., p. 240.
62. Ibid., p. 205 e 206.
63. Ibid., p. 210.
64. Homero, *Odisseia*, Canto XVIII, 90.
66. O verso termina assim: ...*acolher esta última ideia*. (N.T.) Johann Friedrich Herbart (1776-1841), contemporâneo de Hegel e do *velho* Kant. Lecionou em Königsberg e em Göttingen, onde o próprio Ihering seria docente muitos anos
67. depois, além de tê-lo sido em Kiel, Rostock, Basiléia, Giessen e Viena. (N.T.)

J. Glaser, *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil-und Strafprocess* (Coleção de obras sobre direito penal, civil e processual penal), Viena, v. I, p. 202 ss.

68. No original: Das ist der Weisheit letzter Schluss: *Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben*, Der täglich sie erobern muss. (Goethe, Fausto, Parte II). (N.T.)

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Klaus Schwab

WORLD
ECONOMIC
FORUM

COMMITTED TO
IMPROVING THE STATE
OF THE WORLD

edipro

A Quarta Revolução Industrial

Schwab, Klaus

9788552100461

160 páginas

[Compre agora e leia](#)

A Quarta Revolução Industrial é diferente de tudo o que a humanidade já experimentou. Novas tecnologias estão fundindo os mundos físico, digital e biológico de forma a criar grandes promessas e possíveis perigos. A velocidade, a amplitude e a profundidade desta revolução estão nos forçando a repensar como os países se desenvolvem, como as organizações criam valor e o que significa ser humano. Como fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab esteve no centro dos assuntos globais por mais de 40 anos. Após observar em primeira mão como os líderes mundiais navegaram pela revolução digital, Schwab está convencido de que estamos no início de um período ainda mais emocionante e desafiador. Esta obra descreve as principais características da nova revolução tecnológica e destaca as oportunidades e os dilemas que ela representa. E o mais importante, o autor explica por que a Quarta Revolução Industrial é algo fabricado por nós mesmos e está sob nosso controle, e como as novas formas de colaboração e governança, acompanhadas por uma narrativa positiva e compartilhada, podem dar forma à nova Revolução Industrial para o benefício de todos. Se aceitarmos a responsabilidade coletiva para a criação de um futuro em que a

inovação e a tecnologia servem às pessoas, elevaremos a humanidade a novos níveis de consciência moral.

[Compre agora e leia](#)

LON L. FULLER

Tradução e notas:

Ari Marcelo Solon

Apresentação:

Moacir Andrade Peres

Maísa Cristina Dante Fagundes

O CASO DOS EXPLORADORES

DE CAVERNAS

edipro

O caso dos exploradores de cavernas

Fuller, Lon L.

9788552100553

80 páginas

[Compre agora e leia](#)

Um dos livros do saber jurídico mais lidos no mundo. Nova tradução anotada por Ari Marcelo Solon, professor associado, livre-docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Com apresentação de Moacir Andrade Peres, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e professor de Direito da FGV/EAESP, e Maísa Cristina Dante Fagundes, professora de Direito da FGV/EAESP. Este livro constitui-se na obra-prima de seu autor, tendo se tornado um ícone valioso, tanto como instrumento de aproximação à Ciência Jurídica nos anos iniciais nas escolas de Direito, como para ser estudado a partir do novo olhar fruto da experiência adquirida no decurso da profissão. Sua principal característica está em revelar a multiplicidade de fatores que envolvem a aplicação da norma legal ao caso concreto, demonstrando a não obviedade dos processos que permeiam a concretização do Direito, tão diversos quanto as concepções que se apresentam acerca do próprio Direito e do papel atribuído ao jurista.

[Compre agora e leia](#)

Cesare Beccaria

DOS DELITOS E DAS PENAS



Tradução
PAULO M. OLIVEIRA

Prefácio
EVARISTO DE MORAES

edipro

Dos delitos e das penas

Beccaria, Cesare

9788552100515

128 páginas

[Compre agora e leia](#)

Desde a sua primeira edição, em 1764, *Dos delitos e das penas* provocou (e continua provocando) as mais intensas polêmicas, devido principalmente ao seu embasamento francamente humanista. Os temas aqui discutidos – pena de morte, acusações secretas, prisão, torturas, roubo, contrabando, entre outros – continuam despertando o interesse de profissionais, pesquisadores e estudiosos, tornando esta obra, hoje clássica, uma permanente e profícua fonte de inspiração e reflexão para todos os que se preocupam com os Direitos Humanos. A presente obra constitui-se num tratado que impulsionou grandes modificações no Direito Penal internacional e também nas Constituições Brasileiras, cuja influência encontra-se presente nos princípios da anterioridade, da legalidade, da responsabilidade pessoal, da irretroatividade da lei penal, da presunção de inocência, da proporcionalidade da pena, entre outros. A intensa comoção instaurada a partir da sua publicação permanece viva a inspirar reflexões e o constante repensar de todos aqueles que se ocupam da solidificação do respeito aos Direitos Humanos.

[Compre agora e leia](#)

SCHOPENHAUER



AS DORES DO MUNDO

O AMOR – A MORTE – A ARTE – A MORAL
A RELIGIÃO – A POLÍTICA – O HOMEM E A SOCIEDADE

edipro

As dores do mundo

Schopenhauer

9788552100508

136 páginas

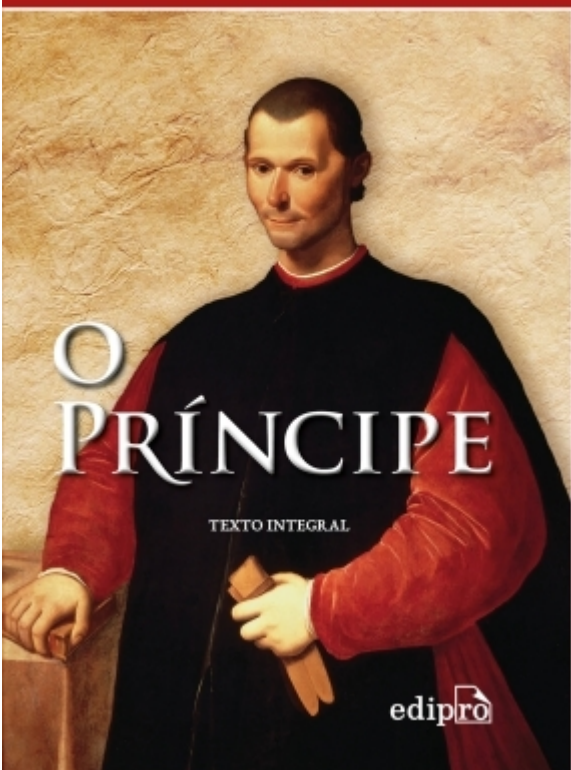
[Compre agora e leia](#)

Considerada uma das obras clássicas da filosofia alemã, esta obra apresenta uma série de reflexões sobre a existência, propondo uma nova forma de se pensar a dor e a felicidade. Temas como o amor, a morte, a arte, a moral, a religião, a política, o homem e a sociedade ilustram a teoria exposta por Schopenhauer. Indicada para todos os estudiosos e pensadores da conduta humana, quer ligados às áreas da própria filosofia, da sociologia, da religião, como para profissionais de toda e qualquer área em que se faça necessário o entendimento dos meandros que constituem a base do comportamento humano. O filósofo traz reflexões sobre a existência, cuja finalidade, segundo ele, seria a própria dor, constituindo-se o mundo num lugar de expiação. Para Schopenhauer, faz-se necessário refutar as premissas estabelecidas pelos sistemas metafísicos que entendem o mal como algo negativo. Pois, do seu ponto de vista, ao contrário do bem, o mal é que deve ser considerado positivo, uma vez que somente ele se faz, de fato, sentir. O autor tece aqui suas considerações fundamentando-se na teoria de que "O bem, a felicidade, a satisfação são negativos porque não fazem senão suprimir um desejo e terminar um

desgosto (...), em geral, achamos as alegrias abaixo da nossa expectativa, ao passo que as dores a excedem sobremaneira".

[Compre agora e leia](#)

NICOLAU MAQUIAVEL



O PRÍNCIPE

TEXTO INTEGRAL

edipro

O príncipe

Maquiavel, Nicolau

9788552100560

96 páginas

[Compre agora e leia](#)

Nesta obra, um clássico sobre pensamento político, o grande escritor Maquiavel mostra como funciona a ciência política. Discorre sobre os diferentes tipos de Estado e ensina como um príncipe pode conquistar e manter o domínio sobre um Estado. Trata daquilo que é o seu objetivo principal: as virtudes que o governante deve adquirir e os vícios que deve evitar para manter-se no poder. Maquiavel mostra em *O príncipe* que a moralidade e a ciência política são separadas. Ele aponta a contradição entre governar um Estado e, ao mesmo tempo, levar uma vida moral.

[Compre agora e leia](#)